Zustimmung: Konstruktion und Verfügungscharakter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Landes-Universität Rostock,

vorgelegt von

Erich Schröder,
Referendar.

Rostock.
Winterbergs Buchdruckerei.
1927.

Referent: Prof. Dr. Henle.

Meinem Vater!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549216_0169

Literaturverzeichnis.

Biermann: Juristische Lehre der Stellvertretung und Vollmacht (in der Festgabe für Dernburg).
Binder: Kritische Vierteljahrsschrift 46, 347.
v. Canstein: Archiv für allgemeines deutsches Handelsrecht, 21. Bd.: Über Stellvertretung mit besonderer Rücksicht auf das Handelsrecht.
Dreyfus: Die Verfügung.
Hellmann: Die Stellvertretung im Rechtsgeschäft.
Henle: Unterstellung und Versicherung.
Hölder: Iherings Jahrbücher, Bd. 56, S. 147 ff.
Hupka: Die Vollmacht.
Isay: Vollmacht und Verfügung im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 122 (2. Bd. der neuen Folge), S. 195 ff.
„ Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Krug: Zulässigkeit der Wollensbedingung.
Krückmann: Beschränkter Rechtserwerb im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 103, S. 279, 284 ff.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht in Iherings Jahrb., Bd. 36, S. 1 ff.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, S. 297 ff.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht.
Müller: Gruchot 54, S. 226 ff.
Raape: Zustimmung und Verfügung im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 121 (1. Bd. der neuen Folge), S. 257 ff.
„ Verfügungsvollmacht im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 123 (3. Bd. der neuen Folge), S. 194 ff.
„ Die Wollensbedingung.
Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerl. Gesetzbuch im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 93, S. 133 ff.
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung.

Schöninger: Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 96, S. 185.
Siber: Das Buchrechtsgeschäft, S. 58 ff., 133 ff.
v. Tuhr: Zum Begriff der Verfügung nach BGB. im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 117, S. 193 ff.
Walsmann: Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung in Iherings Jahrb., Bd. 54, S. 197 ff.
Windscheid: Pandekten.
Zimmermann: Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 99, S. 47 ff.
Lehrbücher, Kommentare, Entscheidungen.

Gedankenfolge.

Einleitung . . . . . Seite 9
Kapitel I. Vom Handeln in fremdem und in eigenem Namen „ 9
Kapitel II. Konstruktion der Zustimmung . . . . . „ 14
§ 1. Konstruktion der Bevollmächtigung . . . . . „ 14
§ 2. Konstruktion der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in Geschäfte des Vertretenen . . . . . „ 18
§ 3. Konstruktion der Einwilligung des § 185 BGB. „ 19
§ 4. Konstruktion der Genehmigung eines Vertretergeschäfts . . . . . „ 24
§ 5. Konstruktion der Genehmigung des § 185 BGB. „ 29
§ 6. Konstruktion einer koordinierten Zustimmung nach §§ 1375, 1395 BGB. . . . . „ 30
Kapitel III. Von der Verfügung im allgemeinen . . . . . „ 33
Kapitel IV. Verfügungscharakter der Zustimmung. „ 33
§ 1. Verfügungscharakter der Vollmacht im weiten Sinn „ 35
§ 2. Verfügungscharakter der Zustimmung des § 185 „ 37
§ 3. Verfügungscharakter der koordinierten Zustimmung nach §§ 1375, 1395 BGB. . . . . „ 38
Kapitel V. Kritik abweichender Ansichten; Auseinandersetzung mit Raape . . . . . „ 39

Einleitung.

Raape hat im 121. Bande des Archivs für zivilistische Praxis eine Abhandlung über das Thema „Zustimmung und Verfügung" veröffentlicht. Seine Erörterungen stießen auf die Gegnerschaft Isays, der im folgenden Bande des Archivs gegen sie Sturm lief. Raape erwehrte sich des Angriffs in einer kurz gefaßten Replik.

Die Darstellung Raapes und die anschließende Polemik haben die Aufmerksamkeit auf eine hochinteressante Frage gelenkt. Raape betont mit Recht, daß sie jeden konstruktiven Geist fesselt, weil ihre Lösung Licht über Grundbegriffe unserer Rechtsordnung wie Vertretung, Vollmacht, Zustimmung, Verfügung, Verfügungsbefugnis verbreitet.

Rein äußerlich gesehen, werden uns zwei Zustimmungstypen beschäftigen, die Zustimmung zu Handlungen in eigenem sowie zu Handlungen in fremdem Namen. Im Laufe der Untersuchungen wird sich jedoch ein Sondertyp herausschälen, den Raape in seiner Abhandlung nicht gewürdigt hat. Alle drei Typen spalten sich in Untertypen, die sich durch ihr zeitliches Verhältnis zum zustimmungsbedürftigen Geschäft unterscheiden. In der Sprache des Gesetzes erscheint die Zustimmung als Einwilligung, Genehmigung, „Zustimmung" oder Bevollmächtigung.

Kapitel I.

Vom Handeln in fremdem und in eigenem Namen.

Ehe wir die Untersuchung der Zustimmungstypen eröffnen, müssen wir uns orientieren, was der Ausdruck „in jemandes Namen handeln" bedeutet. Ein Beispiel: V. verpflichtet sich im Namen des D. zur Zahlung einer Geldsumme an K. Wird D. dadurch zum Subjekt der Verpflichtungshandlung? Offenbar nicht. Die Tatsache, daß V., und nur er, dem K. gegenüber tätig wird, ist unumstößlich. Man wird sagen: D. wird als Subjekt der Handlung fingiert. Durch diese Worte werden wir indessen nicht um ein Quentchen klüger. Erst die Frage nach dem Zweck der Fiktion führt uns zu der ersehnten Erkenntnis. D. wird im Widerspruch mit der augenfälligen Tatsache, daß V. das Verpflichtungsgeschäft vornimmt, zum Subjekt der Handlung erklärt. Ein Tatbestand wird unterstellt, der in Wahrheit nicht vorhanden ist. Der Zweck ist, den effektiven Tatbestand mit der

gleichen Wirkung auszustatten, die der fiktive Tatbestand auslöst. Verpflichtet sich D. im Einklang mit dem Gesetz zur Zahlung einer Geldsumme an K., so wird eine von der Rechtsordnung geschützte Verpflichtung des D. begründet. Die gleiche Wirkung entsteht, wenn V. unter gewissen Voraussetzungen ein gleichartiges Geschäft mit der Erklärung vornimmt, daß es als Geschäft des D. gelten solle.

Auf einem Umwege haben wir die Einsicht gewonnen, daß einer Handlung in fremdem Namen der Wille, auf eine fremde Rechtssphäre einzuwirken, eigentümlich ist. Was die Untersuchung über die Fiktion uns lehrte, spricht das Gesetz[1]) unumwunden aus: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen."

Was aber dem einen recht ist, ist dem andern billig. Willenserklärungen in eigenem Namen heischen eine entsprechende Beurteilung. Sie haben die Tendenz, für oder gegen den Erklärenden zu wirken. Mit dem Zusatz „in eigenem Namen" das Subjekt der Handlung bezeichnen hieße ja auch Eulen nach Athen tragen.

Auf Verfügungen bezogen, lautet unsere Feststellung: Verfügungen in eigenem Namen eigene Rechte zum Gegenstand.

Wer in eigenem Namen mit Einwilligung des Berechtigten über dessen Recht verfügt (Tatbestand des § 185 BGB.), bereitet unserer Auffassung freilich ein arges Dilemma. Die contradictio in adiecto ist unverkennbar, wenn wir eine vom „Nichtberechtigten" vollzogene Verfügung über ein fremdes Recht als Verfügung in eigenem Namen bezeichnen. Der Gesetzgeber hat den Zusatz „in eigenem Namen" in § 185 BGB. vermieden. Gleichwohl entspricht er unbestritten seiner Intention. Das beweist schlagend der Vergleich mit § 164 Abs. 1 BGB. Wir wollen den Zusatz ernst nehmen und beherzt den gordischen Knoten zerschlagen. Wir behaupten: Die zustimmungsbedürftige Verfügung des § 185 ist eine Verfügung über ein eigenes Recht. Der Verfügende ist in dem Augenblick Inhaber des Rechts, in dem die Verfügung ihre Wirkung entfaltet. Die Erklärung dieser befremdlichen Tatsache muß freilich einem späteren Abschnitt unserer Abhandlung vorbehalten werden.

Bei der Erörterung des § 185 BGB. war die Formel „in eigenem Namen" als ein unangreifbares Etwas bereits vorhanden; problematisch war nur sein Wesen. Nun aber werden wir einen Fall kennen lernen, in dem die Erkenntnis der Rechtslage den treffenden

[1]) § 164 BGB.

Ausdruck erst gebären soll. Die Frage ist, in wessen Namen der Ehemann handelt, der mit Zustimmung der Frau über eingebrachtes Gut verfügt[1]). Bei Behandlung dieser Frage überrascht die unbekümmerte Art, mit der man über den anerkannten Sinn des Ausdrucks „in jemandes Namen handeln" hinweggegangen ist. Wolff erklärt[2]) unter Berufung auf Gleichdenkende, daß der Ehemann in eigenem Namen verfüge. Sicherlich läßt sich die logische Möglichkeit, daß der Gegenstand der Verfügung vor Beginn ihrer Wirkung auf den Verfügenden übergeht, ebensowenig wie im Falle des § 185 bestreiten. Aber — und das ist der springende Punkt — entspricht dieser Hergang dem Willen des Gesetzes? § 1395 BGB. bestimmt: „Die Frau bedarf zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes". Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Frau in eigenem Namen verfügt. Der Mann stimmt ihrer Verfügung zu, d. h. er äußert einen dem Willen der Frau homogenen Willen. Die Erklärungen gleichgerichteter Willen zeitigen im Bunde miteinander die rechtliche Wirkung. Ein analoger Vorgang spielt sich ab, wenn der Mann gemäß § 1375 mit Zustimmung der Frau verfügt. Die Rollen des Verfügenden und des Zustimmenden sind vertauscht. Der Kern der Sache wird dadurch nicht berührt. Man sieht: Gewisse Rechtserfolge kann weder der Ehemann noch die Ehefrau allein herbeiführen. Jeder hat die Kompetenz zur Vornahme des „Hauptaktes". Die Vollendung des rechtsnotwendigen Tatbestandes hängt aber von der Mitwirkung des anderen Ehegatten ab. Wie aber auch die Rollen verteilt sein mögen, Gegenstand der Verfügung ist ein Recht der Frau. Nichts rechtfertigt die Annahme, daß die Zustimmung der Frau zu einer Verfügung des Mannes eine Umlagerung des Rechtsverhältnisses bewirkt, bevor die Verfügung es mit Hilfe der Zustimmung einer Veränderung unterwirft. Vielleicht hat das Wörtchen „Zustimmung" den Gedanken an das Handeln in eigenem Namen heraufbeschworen. Jedenfalls findet sich bei Wolff a. a. O. ein Hinweis auf den § 185. Daß der Gesetzgeber den Ausdruck „Zustimmung" statt „Vollmacht" verwendet, hat seinen guten Grund. Vollmacht ist die Zustimmung zu rechtsgeschäftlicher Beeinflussung der Rechtssphäre durch Dritte, deren Mitwirkung der Zustimmende nach rechtlicher Beurteilung entraten kann. Die Frau aber kann Verfügungen, die der Ehemann nicht aus eigener Machtvollkommenheit vornehmen kann, selbst nicht ohne seine Mitwirkung vollziehen.

---

[1]) § 1375 BGB.
[2]) Enneccerus, Kipp und Wolff, 2. Bd., 2. Abtlg., § 48 I.

Noch eins. Übereignet der Ehemann einen zum Eingebrachten gehörigen Gegenstand, um eine Verpflichtung der Frau zu erfüllen oder eine andere Kausa im Verhältnis zwischen der Frau und einem Dritten zu verwirklichen, so wird der Rechtslage nur eine Verfügung im Namen der Frau gerecht. Geschähe die Verfügung im Namen des Mannes, fänden also Übertragungen von der Frau zum Mann, von ihm auf den Dritten, nicht aber von der Frau zu diesem statt, so schwebten sie in der Luft, d. h. sie entbehrten der kausalen Grundlage; die Erfüllung der Kausa im Verhältnis der Frau zum Dritten aber unterbliebe.

Freilich verwehrt das Gesetz dem Ehemann nicht, mit Zustimmung der Ehefrau in eigenem Namen zu verfügen. Dieser Tatbestand unterliegt dem § 185. Die Frau überträgt[1]) das von der Verfügung betroffene Recht durch ihre Zustimmung auf den Ehemann, der es in der Rolle des Inhabers der Wirkung seiner Verfügung aussetzt. Dieser Vorgang sprengt den Rahmen des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes. Dieses Recht ergreift fremdes Vermögen, und als sein Ausfluß können nur Handlungen gelten, die die Substanz des fremden Vermögens angreifen. Verfügt der Mann mit Zustimmung der Ehefrau in eigenem Namen, so behauptet er die gleiche Position wie alle diejenigen, die ohne eine rechtliche Beziehung zum Frauenvermögen gemäß § 185 die Rechtsnachfolge[1]) in Bestandteile des eingebrachten Gutes antreten. Er verfügt als eigener Herr über eigene Rechte. § 1375 aber will den Kreis derjenigen Geschäfte begrenzen, zu deren Vornahme der Ehemann gemäß seiner Sonderstellung als Verwalter fremden Vermögens berufen ist.

Wir haben längere Erörterungen an den § 1375 angesponnen, weil sie nicht nur den Sinn der Namensformel in glücklicher Weise demonstrieren, sondern zugleich die Enthüllung des dritten Zustimmungstyps vorbereiten.

Von dem axiomatischen Begriff abweichende Vorstellungen vom Handeln in jemandes Namen scheinen nicht nur bei Auslegung des § 1375 Verwirrung gestiftet zu haben. Wolff bemerkt in der Darstellung der Verwaltung des Kindesvermögens durch den Vater:[2]) „Rechte, die zu dem der Verwaltung unterliegenden Vermögen gehören, kann der Vater im Namen des Kindes als dessen gesetzlicher Vertreter geltend machen, aber auch kraft seines Verwaltungsrechts in eigenem Namen die Erfüllung zu der verwalteten Masse verlangen."

[1]) Genaueres später.
[2]) Enneccerus, Kipp und Wolff, 2. Bd., 2. Abtlg., § 80 III.

Die Unterscheidung dieses Satzes hat herzlich wenig mit dem Grundsatz gemein, daß ein Rechtsgeschäft auf den Namen dessen gestellt wird, den die Rechtswirkungen treffen sollen. Wenn Vater oder Ehegatte auf die von ihnen verwalteten Rechte des Kindes bzw. der Ehefrau einwirken, so läßt sich nicht verkennen, daß sie in deren Namen handeln. Die entgegengesetzte Meinung beruht anscheinend auf der mehr oder minder unbewußten Vorstellung, daß durch ein Auftreten in eigenem Namen der mögliche Wahn des Geschäftsgegners zerstört werden müsse, daß ihm ein Bevollmächtigter oder bloß ein gesetzlicher Vertreter [1]) der Ehefrau oder des Kindes gegenüberstände. In diesem Zusammenhang verdient die Behauptung Wolffs [2]) Erwähnung, daß der Mann zu Verfügungen im Namen der Frau wie jeder Dritte einer Vollmacht der Frau bedürfe. Um also die besondere Rechtsstellung des Ehemanns oder des Vaters anzuzeigen, erfüllt man den Ausdruck „in jemandes Namen handeln" mit einem neuen Sinn. Wollte man konsequent auf dem eingeschlagenen Wege fortschreiten, müßte man auch den gesetzlichen Vertreter (in dem oben beschriebenen Sinne) in eigenem Namen wirken lassen, um kund zu tun, daß der Handelnde seine Stellung nicht dem Willen des „Vertretenen" verdankt, sondern von der Obrigkeit mit selbstherrlicher Befugnis ausgerüstet ist. Unsere Meinung ist, daß man ein anderes Aushängeschild suchen soll, wenn anders ein Bedürfnis besteht, die verschiedenen Rechtspositionen derjenigen zu kennzeichnen, die in fremdem Namen handeln. Ausdrücke mit schillernder Bedeutung müssen vermieden werden.

Der Versuch, die von uns abgelehnte Auffassung mit einem Hinweis auf die unter der Bezeichnung Prozeßstandschaft bekannte Prozeßfigur zu rechtfertigen, kehrt sich gegen seine Urheber. Gemäß § 1380 BGB. kann der Mann ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht in eigenem Namen gerichtlich geltend machen, d. h. ihm ist das Recht der Prozeßstandschaft verliehen worden. Welche Bewandtnis hat es mit dieser Prozeßstandschaft, und welche Rückschlüsse gestattet ihre Erklärung auf die Gestaltung der materiellen Rechtslage? Die Prozeßakte geschehen im Namen der Prozeßpartei. „Prozeßparteien sind die dem Gericht gegenüberstehenden Subjekte des Prozeßverhältnisses: sie sind es, die von den Wirkungen des schwebenden Prozesses (Rechtshängigkeit) und des ihn beendigenden Urteils direkt getroffen werden." So Hellwig im System des deutschen Zivilprozeßrechts, § 67 a. A. Die Parteieigenschaft wird dadurch nicht berührt, daß Prozeßgegenstand

[1]) In einem eng gefaßten Sinn dieses Wortes, mit Beschränkung auf Vormund, Pfleger oder Beistand.

[2]) Enneccerus, Kipp und Wolff, 2. Bd., 2. Abtlg., § 48 I.

ein fremdes Rechtsverhältnis ist. So wird das Urteil auf den Namen des Prozeßstandschafters gestellt, und an ihn wendet sich die Entscheidung über die Prozeßkosten, während der Inhalt des Sachurteils über fremde Rechtsbeziehungen entscheidet. Während für die Prozeßhandlungen die Subjekte des Prozeßverhältnisses, nicht aber des Prozeßgegenstandes den Namen herleihen, lauten die Geschäfte des materiellen Rechts auf die Subjekte des Geschäftsgegenstandes, nicht des Geschäftsvorganges. Wenn wir Prozeß- und Geschäftsgegenstand, Prozeß- und Geschäftsvorgang in Parallele setzen, können wir also einen vollkommenen Gegensatz in der Benennung der formellen und materiellen Rechtsakte feststellen. Diese Erkenntnis aber macht die Auffassung zunichte, daß die gesetzliche Statuierung der Prozeßstandschaft ein Argument für die Behauptung sei, daß die materiellen Akte des Prozeßstandschafters gleichfalls in seinem Namen erfolgen. Gerade das Gegenteil ist richtig. Gehört es zum Wesen der Prozeßstandschaft, daß die Handlungen des Prozeßstandschafters ein fremdes Rechtsverhältnis betreffen, obwohl sie in eigenem Namen ergehen, so ist bei der Konformität von Prozeß- und Geschäftsgegenstand der Schluß unabweisbar, daß der Gegenstand der vom Prozeßstandschafter vollzogenen Rechtsgeschäfte gleichfalls ein fremdes Rechtsverhältnis ist. In der anders gearteten Sprache des Privatrechts aber kommt diese Tatsache durch die Wendung zum Ausdruck, daß er in fremdem Namen handelt.

Kapitel II. Konstruktion der Zustimmung.

§ 1. Konstruktion der Bevollmächtigung.

Nachdem wir den Begriff „in jemandes Namen handeln" behandelt haben, können wir die Analyse des Zustimmungsbegriffes beginnen. Wir wenden uns zunächst der Bevollmächtigung zu. D. ermächtigt den V., eine dem D. gehörige Sache im Namen des D. an K. zu übereignen[1]). Dieser Vorgang stellt sich uns folgendermaßen dar: D. erklärt dem V. oder K. (siehe § 167 BGB.), er wolle, daß K. unter der Voraussetzung („Bedingung") das Eigentum an der Sache erlange, daß V. die Übereignung vornehme.

Wir bemerken folgendes zur Erläuterung. Man begreift die Geschehnisse der realen Welt als Ursache und Wirkung, die Vorgänge in einer bloß gedachten Welt als Voraussetzung (Grund) und Folge. Die Welt des Rechts ist ein Reich der Gedanken. Es ist geordnet nach Voraussetzung und Folge. Unter der Voraussetzung, daß D. und K. darüber einig sind, daß das Eigentum an einer beweglichen Sache

[1]) Die Bezeichnung der Personen lehnt sich an die Abhandlung Raapes an.

zwischen ihnen wechseln soll, und der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt, erlangt K. das Eigentum daran. Die gleiche Rechtsfolge entsteht unter der Voraussetzung, daß V. die Funktionen des D. in dessen Namen ausübt, und der Voraussetzung, daß D. dem V. oder K. erklärt, er wolle, daß K. das Eigentum unter der ersten Voraussetzung erlange. Die Schemata der Voraussetzungstatbestände werden von der Rechtsordnung normiert. Den Charakter der Voraussetzung verleiht die Rechtsordnung entweder ohne Rücksicht auf den Parteiwillen, oder aber sie erteilt einer von der Partei statuierten Voraussetzung die gesetzliche Sanktion. Diese Art der Voraussetzung nennen wir „Bedingung“[1]).

Bei Befolgung des Grundsatzes, die Rechtstatsachen unter den Kategorien Voraussetzung („Bedingung“) und Folge zu begreifen, läßt sich die Bevollmächtigung nicht anders als die Erklärung eines bedingten Willensinhaltes deuten. Diese Deutung hält auch stand, wenn die Vollmacht für mehrere oder alle Rechtsgeschäfte erteilt wird. Dann sind soviele bedingte Willensinhalte erklärt, als zur Wahl des Vertreters stehen. Wie aber, wird man einwerfen, wenn in den Bereich der Vollmacht alle erdenklichen Geschäfte fallen, ohne daß der Vollmachtgeber sie vollständig und deutlich in den Kreis seiner Vorstellung aufnimmt? Was vollends, wenn er gar keine Vorstellung vom rechtlichen Gehalt seiner Vollmachtserklärung hegt? Dieser Zustand ist nicht allein denkbar, wenn sich die Vollmacht auf eine unabsehbare Reihe von Rechtsgeschäften erstreckt, sondern auch bei Erteilung einer Einzelvollmacht. Man denke an den Fall, daß jemand einen anderen zur Vornahme eines einzigen Rechtsgeschäfts ermächtigt, das ihn aus momentaner Kreditnot befreien soll, ohne irgendwelche Anhaltspunkte über die Art des Geschäftes zu geben. Ist es nicht ungereimt zu sagen, daß jemand etwas wolle, ohne das Etwas in seiner Abwandlung zum Einzelnen und Besonderen vorzustellen? Wir sind mit dieser Frage in ein schwieriges Gelände geraten und auf die Eröffnungen eines hervorragend Ortskundigen angewiesen. Edmund Husserl erklärt im zweiten Teil seiner „Logischen Untersuchungen“ auf S. 173: „Es gibt ein von dem anschaulichen Vorstellen (als dem direkt auf den erscheinenden Gegenstand bezogenen Meinen) deskriptiv unterschiedenes begriffliches Vorstellen: ein Meinen von fundamental neuer Artung, zu dem die Formen des Ein und Mehrere, des Zwei und Drei, des Irgendetwas überhaupt, des Alle usw.

[1]) Das Wort „Voraussetzung“ bedeutet hier und im folgenden soviel wie „rechtserhebliche, rechtswirksame, juristische Tatsache“.

gehören. Und darunter findet sich dann auch die Form, in welcher sich die Spezies in der Weise des (sc. anschaulich) vorgestellten Gegenstandes konstituiert, sodaß sie als Subjekt möglicher Attributionen oder Prädicationen fungieren kann." Wir erfahren, daß eine Spezies, die die Reihe der Vereinzelungen in ewiger Wiederkehr durchläuft, keineswegs ein Trugbild und die „Vorstellung" eines Irgendetwas kein Unding ist. Nur ist unter Vorstellung hier nicht ein äußeres oder inneres Schauen zu begreifen. Das uneigentliche Vorstellen, wie Husserl es nennt (S. 172), ist ein Prozeß unseres Denkens, der sich in der gleichen Sphäre wie die Erkenntnis einer Anzahl abspielt. (Auch die Vorstellung einer bestimmten Zahl ist ohne Anschauungsgehalt. Hundert Dinge sind einzeln wahrnehmbar, der Umstand, daß es hundert sind, oder daß eins von ihnen das hundertste ist, entzieht sich der Wahrnehmung.) Das auf die Erfahrung unseres Denkens gegründete Bewußtsein unseres Denkvermögens offenbart sich in der „Vorstellung" der Allheit oder des Irgendeinen (jene entspricht der Kardinalzahl 100, dieses der Ordinalzahl 100.; freilich ist jede Ordinalzahl etwas Einmaliges, während das Irgendeine die ganze Reihe der Ordinalzahlen durchläuft).

Wenn es einleuchtet, daß sich die nackte Tatsache rechtlichen Geschehens ohne individuelle Ausprägung zum Objekt der Vorstellung eignet, so wird niemand an der Behauptung Anstoß nehmen, daß sie das Ziel unseres Willens sein könne. Freilich wird dieser Wille nicht aus der Kenntnis des besonderen Falles, der ja in der vagen Vorstellung der Spezies zur Unkenntlichkeit verblaßt, sondern aus allgemeineren Quellen gespeist. Das Bewußtsein, daß jemand für mich handelt, der mein Vertrauen genießt, vermag ein glückliches Gefühl der Beruhigung und Sicherheit zu erzeugen, ohne daß jemals die Eventualitäten seines Handelns mein Denken beschäftigt haben. Das treibende Motiv, den unbekannten Erfolg zu wollen, ist das Vertrauen in die Person des anderen; und dies Motiv wirkt sich in der Bedingung aus, daß der andere den Erfolg wolle.

Noch eins. Es mag verwunderlich erscheinen, daß in der Konstruktion der partiellen oder allseitigen Vollmacht die Bedingung statt des Relativums verwandt worden ist. Man könnte meinen, die Fassung, der Vertretene wolle jeden oder irgendeinen Rechtserfolg, den der Vertreter wollen werde, tue das gleiche, ja sie verdiene den Vorzug, weil der Relativsatz infolge seines anschaulich attributiven Charakters die Bezeichnung der unbekannten Größe durch die Handlung des Vertreters deutlicher ins Bewußtsein bringe. Zunächst stellen

wir fest, daß die Fassungen in einer wichtigen Funktion einander nicht nachstehen. Beide beschreiben den Umfang der Vollmacht. Freilich empfiehlt es sich, den Wortlaut der mit dem Relativsatz operierenden Konstruktion etwas abzuwandeln. Es müßte heißen: Der Vertretene will von allen oder aus einem gewissen Kreise von Rechtserfolgen diejenigen, die der Vertreter wollen wird. In einem Punkt aber läuft die Bedingung dem Relativum den Rang ab. Während dieses in falscher Anmaßung der ungewissen Entscheidung der Zukunft vorgreift, stellt die Bedingung die Handlung des Vertreters augenscheinlich ins Ungewisse. Und im strengen Sinn ist alles Zukünftige ungewiß. Ist schon das Handeln des Vertreters schlechthin der Sphäre absoluter Gewißheit entrückt, so schwebt das Moment der Unwißheit erst recht über jeder einzelnen der Kombinationen, die der Vertretene generaliter gewollt hat. Die Fassung, der Vertretene wolle von allen Rechtsgeschäften diejenigen, die der Vertreter wollen werde, ist geeignet, darüber hinwegzutäuschen. Zum mindesten läßt sie den Zustand der Eventualität, in dem sämtliche Variationen jenes rätselhaften „Etwas" befangen sind, nicht klar hervortreten.

Wir sind im letzten Abschnitt unmerklich zu einer Unterart der „Bedingung" (d. h. der vom Parteiwillen statuierten Voraussetzung), nämlich der Bedingung im technisch juristischen Sinn, fortgeschritten. Eine gründlichere Behandlung des Bedingungsproblems behalten wir uns bis zu dem Augenblick vor, in dem das Auftreten der Genehmigung die Basis unserer Untersuchungen erweitert und ihnen einen letzten, entscheidenden Anstoß gibt.

Der Hinweis auf ein viel umstrittenes Problem wird unsere Konstruktion dem juristischen Denken in höherem Grade vertraut machen. Ich denke an die Wollensbedingung. Wir dürfen uns nicht an die Einzelheiten des Streits, den sie entfesselt hat, verlieren. Wir sind im Anklang an von Thur[1]) der Meinung, daß die Wollensbedingung kein logisches Monstrum ist, daß sie vielmehr erst da zum leeren Begriff herabsinkt, wo die konstituierende Erklärung in den Wind gesprochen wird, d. h. ohne rechtliche Relevanz ist. Uns fesselt an dieser Stelle nur die Berührung mit unserem Problem. Eine eigentümliche Besonderheit fällt bei Betrachtung der Wollensbedingung in die Augen. Die Willenserklärung, die in den Inhalt der ersten Willenserklärung als Bedingung eingespannt ist, ist in der Regel vollauf selbständig. Sie vermag ganz aus sich heraus, unabhängig von

[1]) Der Allgem. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte, § 80, Note 49. Dagegen zuletzt Henle in Meckl. Zeitschrift, Bd. 42, S. 86.

der ersten Willenserklärung, die sie zur Bedingung stempelt, die Rechtsfolge herbeizuführen. Ganz anders in unserem Fall! Die Handlung des Stellvertreters ist ohnmächtig, wenn die Vollmacht des Vertretenen (über die Genehmigung später) ihr nicht „das Tor der Wirkung aufschließt." So unverkennbar aber das Trennende, so evident ist das Gemeinsame. Dort wie hier richtet sich der Wille auf einen bedingten Rechtserfolg. Und dort wie hier erscheint im Gewande der Bedingung ein homogener Wille.

§ 2. Konstruktion der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in Geschäfte des Vertretenen.

Ja, wird es heißen, wenn der Vertreter auf Grund einer Vollmacht handelt, mag diese Konstruktion richtig sein. Wie aber, wenn ein gesetzlicher Vertreter [1]) die Stelle des Bevollmächtigten einnimmt? Es sei doch ein Nonsens, in diesem Falle zu sagen, der Vertretene wolle, wenn sein gesetzlicher Vertreter das gleiche wolle. Denn die Willenserklärung des Vertretenen sei ja kraftlos und alles in die Hände des gesetzlichen Vertreters befohlen. Wir säumen keinen Augenblick, die Richtigkeit dieser Behauptung zuzugestehen. Aber weit entfernt, unserer Auffassung von der Stellvertretung einen entscheidenden Schlag zu versetzen, bewirkt sie ihre Erweiterung und Befestigung. Das Verhältnis der Handelnden ist ins Gegenteil verkehrt, das Schema selbst aber bleibt von Bestand. Betrachten wir den Fall, daß ein Vormund dem Mündel die Einwilligung zu seinem Rechtsgeschäft erteilt! Was geht vor? Der gesetzliche Vertreter erklärt, einen Rechtserfolg zu wollen, wenn ihn der Mündel wollen werde. Daß der Vertreter es ist, der einen der Vollmacht vergleichbaren bedingten Willensinhalt erklärt, sollte nicht befremden. Vergegenwärtigen wir uns einmal die Rechtslage! Im Regelfall nimmt das Rechtssubjekt selbständig am Rechtsverkehr teil; es gestaltet seine Rechtslage nach seinem eigenen Willen. Nur dem Gesetz untertan, ist es sonst niemandes Willen unterworfen; wohl aber kann es andere Rechtssubjekte als Instrumente seines Willens gebrauchen, indem es sie mit Vollmachten zu seiner Vertretung versieht. Im Ausnahmefall wird es durch den gesetzlichen Vertreter aus seiner selbstherrlichen Stellung verdrängt. Die Entscheidungsgewalt geht auf diesen über. Von ihm empfangen andere Rechtssubjekte ihre Vollmachten, der Vertretene selbst die notwendige

[1]) Wir definieren im Anschluß an von Tuhr II, 2, S. 418 zu Note 10: Gesetzlicher Vertreter ist jeder, dessen Vertretungsmacht nicht auf dem Willen des Vertretenen beruht.

Zustimmung zu eigenem Handeln. So ist das Verhältnis total auf den Kopf gestellt: Der Vertretene, sonst im Rahmen des Gesetzes souverän, ist in abhängiger Stellung, der Vertreter, sonst Vertreter von des Vertretenen Gnaden, ist im Besitze der Autorität. Die Grundlagen dieser Autorität nachzuweisen, ist nicht unseres Amtes. Wir beschränken uns auf die rein negative Bemerkung[1]), daß sie durch Akte begründet ist, die nicht in der Person des Vertretenen ihren Ursprung haben. Diese unter einander verschiedenartigen Akte bilden das Surrogat der Vollmacht. Nichtsdestoweniger findet sie aber ein Analogon in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den Handlungen des Vertretenen. Durch sie werden Handlungen eines anderen von demjenigen sanktioniert, der selbst die Macht zu unmittelbarer Wirkung in Händen hält. Der Umstand, daß der Zustimmungsempfänger in eigenem Namen handelt, während der Bevollmächtigte in eine fremde Rechtssphäre eingreift, mag durch die getreuliche Nachahmung der Gesetzessprache, die zwischen Vollmacht und Einwilligung (Zustimmung) unterscheidet, stets vor Augen gehalten werden. Die Konstruktion darf er nicht verwirren. Jene Gruppierung von Voraussetzung, Bedingung und Folge, die die Analyse der Vollmacht aufdeckt, ist ein ausschließlich formales System, das ganz verschiedene Inhalte in sich aufnehmen kann.

§ 3. Konstruktion der Einwilligung des § 185 BGB.

Hat somit die konstruktive Analyse über das Trennende der Benennung hinweg Einwilligung (Zustimmung) und Vollmacht zueinander geführt, so enthüllt sie doch auch wieder die tiefe Kluft, die sie bei veränderter Sachlage von einander scheidet. Die Begriffe Einwilligung und Zustimmung sind uns auch dann geläufig, wenn das Einverständnis des Verfügungsberechtigten die Verfügung eines Nichtberechtigten zur Wirkung bringt. Es ist nicht das erste Mal, daß der § 185 in unserem Gesichtsfeld auftaucht. Bei Untersuchung der Frage, was der Ausdruck „in jemandes Namen handeln" besage, stießen wir auf diesen Paragraphen, der sich als drohendes Hindernis auf unserem Wege erhob. Unsere Meinung vom Sinn der Namensformel ließ sich jedoch nicht erschüttern, und indem wir die Konsequenz aus ihr zogen, schien es uns natürlich und der einzig gangbare Weg, der Schwierigkeit Herr zu werden, wenn wir die Verfügung des „Nichtberechtigten" in die Verfügung eines vorübergehend Berechtigten umdeuteten. In unserer Stellungnahme liegt implizite die Einsicht in den Charakter der Zu-

[1]) Vergl. die vorige Anmerkung.

stimmung zu dieser Verfügung. Willigt jemand darein, daß ein anderer über ein Recht des Einwilligenden als ein eigenes verfügt, so hat diese Erklärung anscheinend zwei Seiten. Sie bestätigt allem Anschein nach die künftige Verfügung, auf die sie sich ausdrücklich bezieht, und sanktioniert zugleich jene vermögende Stellung, in der sich der Verfügende im Moment der Verfügung präsentiert. Von der letztgenannten Seite müssen wir das Problem aufrollen. Wir erkennen unschwer: Hinter der Erklärung, die das Auftreten eines anderen in der Rolle des Berechtigten gutheißt, verbirgt sich der Wille, ihn eben in diese Stellung einzusetzen. Wenn es nicht eine bloße Redensart ist, daß der Verfügende in eigenem Namen, d. h. über eigene Rechte, verfügt, wem anders sollte er seine Inhaberschaft verdanken als dem, der sich soeben noch ihrer erfreute? Wie aber steht es alsdann mit jener „anderen Seite" der Zustimmungserklärung, der vermeintlichen Bestätigung der Verfügung, die der Nichtberechtigte" zu treffen gedenkt? Bekennen wir uns zu der Auffassung, daß die Zustimmung das Recht des Zustimmenden auf ihren Destinatär (Adressat kann auch der Verfügungsgegner sein) überträgt, so entlarven wir jene Doppelseitigkeit mühelos als Trugbild. Denn wenn der Verfügende die Nachfolge des Rechtsinhabers antritt, was in der Welt fehlte ihm dann noch zur wirksamen Vornahme einer Verfügung? Seine neu erworbene Stellung ist ein hinlänglicher Ausweis seiner Berechtigung.

Der Inhalt der Einwilligung ist bisher angedeutet, keineswegs aber gänzlich geklärt worden. Wir haben die Feststellung getroffen, daß die Einwilligung eine Rechtsverschiebung bewirkt. Aber diese Feststellung ist offenbar roh und unvollkommen. Zunächst ist es auffällig, daß die Einwilligung deutlich auf die Verfügung bezug nimmt. Der Gesetzgeber sagt (in § 185), daß sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Daneben sind Wendungen wie „in die Verfügung einwilligen", „ihr zustimmen" usw. gebräuchlich. Wir stutzen daher mit Recht bei einer Analyse, die von diesem Umstand keine Notiz nimmt. Ein zweites! Wenn die Einwilligung etwas ist wie jede andere Verfügung auch, ohne Abweichungen, ohne irgengeine charakteristische Eigentümlichkeit, welche Daseinsberechtigung besäße sie dann neben den allgemeinen Verfügungstypen? Eine solche Besonderheit ist indessen vorhanden. Und wenn wir sie in das Schema einer Konstruktion einfangen, so fällt uns die überraschende Ähnlichkeit auf, die dieses Schema und dasjenige der Vollmacht besitzen. Die bekannte Gruppierung von Voraussetzung, Bedingung und Folge erscheint auch hier; sie ist nicht um ein Haarbreit verrückt. Der Einwilligende ver-

gibt sein Recht unter der „Bedingung", daß der „Zustimmungsempfänger" (wir gebrauchen den Ausdruck hier und im folgenden in einem engeren Sinn; Zustimmungsadressat kann sowohl der Verfügende wie der Verfügungsgegner sein (§ 182 1. Abs.); wir aber meinen mit der Bezeichnung „Zustimmungsempfänger" ausschließlich jenen) über dies Recht verfügt. Die zur Bedingung erhobene Verfügung mag mehr oder minder bestimmt oder unbestimmt sein (auch hier zeigt sich Verwandtschaft mit der Vollmacht).

Der Übergang des Rechts hat also zwei Voraussetzungen, die Zustimmung als Akt der Rechtsübertragung und die Verfügung des „Zustimmungsempfängers". In exakter Formulierung lautet das Ganze: Das Recht wechselt den Inhaber unter der Voraussetzung, daß der neue Inhaber verfügt, und der Voraussetzung, daß der alte Inhaber (wenn auch nicht mit diesen Worten noch in richtiger Erkenntnis des rechtlichen Hergangs) als seinen Willen erklärt, daß das Recht unter der ersten Voraussetzung übergeht. Die erste Voraussetzung erscheint doppelt; sie ist der zweiten Voraussetzung einmal koordiert, einmal subordiniert. Diese Doppelnatur aber verrät die „Bedingung". Die „Bedingung" also ist es, die jene spezifische Richtung der „zustimmenden" Willenserklärung auf irgendeine Verfügung anzeigt. Wir wiederholen: In die Verfügung einwilligen bedeutet ein Recht zu dem einzigen Zweck übertragen, daß es als Objekt der Verfügung dient. Es verbleibt seinem Inhaber, wenn die Verfügung unterbleibt, es wechselt den Inhaber, wenn sich der Zweck dieses Wechsels erfüllt. Schon aber sind wir bei der „Bedingung" gelandet.

Ein Bedenken schleicht sich jedoch in diese Überlegung ein. Ist es nicht paradox, fragt man, jemand für den Fall zum Inhaber eines Rechts zu machen, daß er zuvor über eben dieses Recht verfügt? Jemand erwirbt eine Position, die er vorher preisgibt, und gibt sie preis, bevor er sie erwirbt? Und doch ist der circulus vitiosus nur scheinbar, der Schein durch die falsche Annahme hervorgerufen, daß eine voll wirksame Verfügung den Inhalt der Bedingung bildet. Wir müssen beachten, daß der Verfügungsakt, nicht die von ihm angebahnte Rechtswirkung zur Bedingung gesetzt ist. In dem Augenblick, wenn die Vorbereitung des Rechtserfolges vollendet, der Erfolg selbst aber nicht hergestellt ist, vollzieht sich automatisch jener Wechsel der Rechtslage, der die letzte Voraussetzung seiner Herstellung bildet. Der Ablauf der Geschehnisse ist also durchaus sinnvoll. Das Recht wandert von der

ersten Hand in die zweite, von dieser in die dritte[1]); es gelangt nicht in die dritte, ohne die zweite passiert zu haben; es fällt nicht an die zweite, nachdem es die dritte erreicht hat. Freilich ist die mittlere Etappe nur zum Durchgang bestimmt. Hier gibt es kein Verweilen. In demselben Augenblick, in dem die Zustimmung — sc. nach Eintritt der Bedingung — das Recht dem Verfügenden zuschiebt, entgleitet es seiner Hand; der Erwerb des Rechts ist ja nur die letzte Voraussetzung seines Verlustes.

In diesem Punkt muß die Konstruktion einen letzten Zweifel von sich abschütteln. Es wird da behauptet, daß der „Zustimmungsempfänger" Inhaber eines Rechtes werde, und doch gelangt er nicht in den Genuß dieses Rechtes. Nicht einen armseligen Teil seines Gehaltes, geschweige denn seine ganze Fülle ist ihm auszuschöpfen erlaubt.

Wir flechten an dieser Stelle eine kurze Erörterung der Frage ein, ob das, was wir gemeiniglich Übertragungsbefugnis[2]) nennen, zum Inhalt der übertragbaren Rechte gehört. Von Tuhr bejaht die die Frage[3]). Wir möchten sie verneinen. Man pflegt, seit langem gewöhnt, die nüchternen Konstellationen von Voraussetzung und Folge in lebendige Bilder umzuschaffen, das Recht als „unkörperliche Sache" zu betrachten, die man nach Art körperlicher Sachen hat, gibt, empfängt, mit denen man auf diese oder jene Weise verfährt. Jedes dieser Gedankendinge ist ein Gefüge von kleineren Einheiten, die wir mit von Tuhr Befugnis nennen wollen[4]). Es ist in der Regel geeignet, durch viele Hände zu gehen. Die Fähigkeit, es zu übertragen, wollen wir mit von Tuhr ebenfalls als Befugnis bezeichnen[1]). Diese Befugnis erstreckt sich zweifellos auf alle von ihr selbst verschiedenen Befugnisse, die sich in dem Inbegriff eines Rechtes sammeln. Nach Ansicht derjenigen, die die Übertragungsbefugnis für einen Bestandteil des Rechtes halten, muß die Befugnis zur Rechtsübertragung aber auch die Übertragungsbefugnis selbst ergreifen. Wir müßten unterscheiden zwischen einer Übertragungsbefugnis, die — selbst Rechtsbestandteil — die übrigen Bestandteile, und einer Übertragungsbefugnis, die eben diesen Bestandteil erfaßt. Was aber soll mit der letzten Übertragungsbefugnis werden? Von Tuhr, der von einer außerhalb des Rechtsbegriffs liegenden Befugnis nichts wissen will, muß auch ihr einen Platz inner-

[1]) Wir legen wie schon früher der Anschaulichkeit wegen den Fall der Übereignung zugrunde; dem Sinn nach treffen unsere Ausführungen aber auf jede Verfügung zu.

[2]) Vergl. von Tuhr: Allgem. Teil I, § 1 IV.

[3]) „ „ „ „ „ II 1, S. 243.

[4]) Vergl. das Zitat in der vorletzten Anmerkung.

halb desselben anweisen. Dann aber beginnt das Elend von neuem. Auch der neu aufgefundene Bestandteil wäre Gegenstand der Rechtsübertragung und von einer zugehörigen Befugnis betroffen. Eine neue Übertragungsbefugnis taucht auf, die neben den übrigen Bestandteilen des Rechts die zwei beschriebenen Übertragungsbefugnisse ergreift. Und so geht es ins Unendliche. Sowie wir die Übertragungsbefugnis nach innen verlegen, schießt eine andere empor. Wir werden die unheimlichen Köpfe dieser Hydra nicht los, ohne das ganze Ungetüm aus unserm Geiste zu verbannen.

Die Fähigkeit, ein übertragbares Recht zu übertragen, besitzt kraft eines unausgesprochenen Grundsatzes unserer Rechtsordnung im Regelfall der jeweilige Inhaber, im Ausnahmefall eine andere Person; man denke an den gesetzlichen Vertreter. Diese Fähigkeit, für die wir den Namen Befugnis akzeptiert haben, ist ein ursprüngliches Vermächtnis der Rechtsordnung an jedes einzelne Rechtssubjekt, nicht eine Hinterlassenschaft des Vorgängers im Recht. Die Nachfolge ergreift nur das übertragungsfähige Recht, nicht die Fähigkeit, das Recht zu übertragen. Mit anderen Worten, die Fähigkeit zum Übertragen ist originär, nur der Erwerb des übertragungsfähigen Rechtes, ihres Objekts, derivativ.

Wenn aber die Übertragungsbefugnis nicht in den übertragbaren Rechten aufgeht, versetzt die Zustimmung des § 185 den „Empfänger" in die Lage eines Menschen, der ein versiegeltes Geschenk empfängt, das zu entsiegeln ihm verwehrt ist. Die Übertragung eines Rechtes unter der Bedingung einer Vorausverfügung ist jedoch nicht problematischer als die Vorausverfügung selbst. Zwischen dem Erwerb und dem Verlust des Rechts liegt in diesem Fall kein Zeitraum, der sich durch irgendwelche Handlungen ausfüllen ließe. Da der Erwerb der Rechtsmacht ihren Verlust besiegelt, fällt sie dem Erwerber an, ohne daß ihm beschieden wäre, sie ein einziges Mal zu nützen. Und damit gewinnt diese Frage folgende Gestalt: Hört die Rechtsmacht um deswillen auf, ein Recht zu sein, weil ihr die Gelegenheit zu wirken versagt ist? Und ist der nicht Inhaber eines Rechts, der, mit der Macht bekleidet, den Genuß ihrer Wirkung entbehrt? Diese Frage wird wohl einmütig verneint, und wir glauben, mit Recht.

Wir dürfen zusammenfassend erklären: Die Übertragung eines Rechts unter der Bedingung der Vorausverfügung ist keine Unmöglichkeit. Der flüchtige Besitz der Macht ohne die Gelegenheit, sie geltend zu machen, verleiht den Titel eines Rechtsinhabers.

§ 4. Konstruktion der Genehmigung eines Vertretergeschäfts.

Nach der Analyse von Vollmacht und Einwilligung gelangt die Reihe an ihre zeitlichen Korrelate, die beide die Bezeichnung Genehmigung tragen. Die Konstruktionen der vorausgehenden und nachfolgenden Zustimmung[1]) müssen trotz der Verschiedenheit ihrer zeitlichen Beziehung zu dem zustimmungsbedürftigen Geschäft einen gemeinsamen Grundzug aufweisen. Das Vorhandensein eines gemeinsamen Elements wird einen Prüfstein ihrer Richtigkeit bilden.

Wir beginnen wieder mit der Gruppe der Vertretungsfälle. D. genehmigt die Übereignung einer Sache an K., die V. im Namen des D. vorgenommen hat. Was bedeutet das Wort „genehmigen"? Offenbar will D. die Übereignung und erklärt diesen Willen. Ja er macht sich auch den Zeitpunkt ihrer Vornahme zu eigen, und das Gesetz erklärt (in § 184) ein solches Verfahren für zulässig. Das Gesetz sagt, die Genehmigung wirke auf den Zeitpunkt der Vornahme des genehmigungsbedürftigen Geschäfts zurück. Wenn man in der Genehmigung — und das scheint uns allein richtig — eine Willenserklärung sieht, die das betroffene Geschäft, so wie es ist, einschließlich des zeitlichen Elements, ergreift, dann muß man schlankweg sagen: Die Genehmigung wirkt. Das aber ist das Entscheidende: Die Genehmigung ist eine Willenserklärung, die den Inhalt der zurückliegenden Erklärung eines andereu aufgreift, sich ihn zu eigen macht, wie man es mit Raape[2]) trefflich ausdrücken kann. Was bei der Vollmacht weniger durchsichtig ist, hier tritt es in voller Klarheit zutage, die Intention der Zustimmung auf den Inhalt des zustimmungsbedürftigen Geschäfts. Diese Intention wird — wir verweisen auf frühere Erwägungen — auch dadurch nicht gestört, daß das Vertretergeschäft in seinen Einzelheiten oder als Ganzes oder daß die Anzahl der Geschäfte dem Genehmigenden unbekannt ist.

Eins aber ist verschieden an den beiden Zustimmungsakten, eben ihre zeitliche Beziehung zum Vertreterakt. Der Vollmachtgeber will ein Gewisses oder ein Etwas, das der Vertreter gewollt hat. Wieder drängt sich, und zwar stärker als zuvor, das Relativum in den Vordergrund. Anscheinend muß die Bedingung dieses Mal weichen; gewiß muß weichen die Bedingung im technisch juristischen Sinne.

Als Charakteristikum dieser Bedingung wird die objektive Ungewißheit angeführt[3]). Der Gegensatz objektiv — subjektiv wird dabei

[1]) Wir gebrauchen den Ausdruck in einem die Vollmacht und die Genehmigung des Vertretergeschäftes mit umfassenden Sinn.

[2]) Archiv für ziv. Praxis, der neuen Folge 1. Bd., S. 260.

[3]) Vergl. z. B. von Tuhr, Allgem. Teil II 2, § 80 IV.

als gleichbedeutend mit dem Begriffspaar generell — speziell gedacht. Danach liegt es im Wesen der „eigentlichen Bedingung", daß die bedingende Tatsache nicht nur vom Standpunkt des betroffenen Subjekts, sondern für menschliches Wissen überhaupt[1]) ungewiß ist. Dieses Merkmal soll nur bei zukünftigen Tatsachen zutreffen. Das vermag ich nicht anzuerkennen. Es gibt wahrlich genug Dinge in Vergangenheit und Gegenwart, die niemand — und wäre es der Klügste und Erfahrenste — weiß. Ungewiß sein heißt aber nicht gewußt werden; ungewiß ist eine Partizipialform von wissen. Richtig ist nur, daß zukünftige Tatsachen schlechthin, ohne Ansehung der Tatsache selbst, ungewiß sind, Vergangenes und Gegenwärtiges dagegen teils gewiß, teils ungewiß. Nun aber pflegen wir Umstände, die aller menschlichen Voraussicht nach mit nahezu unfehlbarer Sicherheit eintreffen, als gewiß anzusehen. So erklärt es sich, daß man im Gegensatz zur Bedingung von Befristung nicht nur dann spricht, wenn die Rechtsfolge an einen bestimmten Zeitpunkt der Zukunft geknüpft ist, sondern zuweilen auch dann, wenn eine Voraussetzung statuiert ist, die ja immer in irgendeiner Tatsache besteht. In diesen Fällen übersieht man — bewußt oder unbewußt — den problematischen Charakter, den jede künftige Voraussetzung besitzt, ja die Voraussetzung selbst und tut nachgerade so, als ob man nur mit Zeiteinheiten rechnete. Die Rücksicht darauf veranlaßt uns, in der Definition der Bedingung im engen Sinn dem „zukünftig" ein „ungewiß" hinzuzufügen, wie es z. B. von Tuhr tut[2]). Bei strenger Auslegung des Wortes „ungewiß" würde die Verbindung dieser Wörter eine Tautologie bedeuten. Auch bei der ungenauen Verwendung dieses Wortes, wie sie gang und gäbe ist, liegt eine Tautologie dann vor, wenn man, wie von Tuhr, Enneccerus usw. nur künftige Geschehnisse als ungewiß gelten läßt.

Der Begriff der Bedingung im engen Sinne hat sich herausgeschält, gekennzeichnet durch die Verwandtschaft mit der Befristung, gleichwohl durch klare Grenzziehung von ihr geschieden. Seine Anwendung auf unser Genehmigungsproblem zeitigt das Resultat, das wir bereits vorweggenommen haben. Wenn wir unter Bedingung die Abhängigkeit des Rechtserfolges von einem künftigen ungewissen Ereignis (incertus an — certus, incertus quando) verstehen, denn paßt sie gewiß nicht in die Konstruktion der Genehmigung.

Wir wissen aber auch: Auf der einen Seite ein Gegenstück zur Befristung, ist die Bedingung (im engen Sinn) andererseits eine

[1]) So Enneccerus I 1, § 181 I.
[2]) Vergl. Allgem. Teil II 2, § 80, 1. Satz.

Unterart der vom Parteiwillen statuierten Voraussetzung (Bedingung im weiten Sinn). Und wenn schon die Bedingung im engen Sinn in die Konstruktion der Genehmigung nicht eingehen will — noch weniger tut es natürlich die Befristung — so bleibt doch die Frage, ob sich die Bedingung im weiten Sinn, d. h. die von der Partei statuierte Voraussetzung, gegen die Aufnahme sträubt[1]). Das alte Beispiel mag uns wieder behilflich sein: D. genehmigt die Übereignung einer Sache an K., die V. im Namen des D. gemäß § 929, Satz 1 vorgenommen hat.

Es ist augenscheinlich, daß D. nicht unmittelbar den Wechsel des Eigentums, sondern das von V. Gewollte zum Gegenstand seines Willens erklärt. Auf dem Umwege über die Willenserklärung des Vertreters bemächtigt sein Wille sich des Rechtserfolges. Den sprachlichen Niederschlag dieser Tatsache finden wir in der Wendung: D. genehmigt das Geschäft des V.. Ungenau wäre es zu sagen: Er genehmigt den Übergang des Eigentums. Diese Abbreviation wird auch vom Gesetzgeber vermieden. Gerade diese Erwägungen drängen uns die Relativ- oder Partizipialkonstruktion mit großer Gewalt auf. Der Vertretene genehmigt das vom Vertreter Gewollte; er will das, was der Vertreter gewollt hat. Was aber folgt daraus? Das Verständnis der Genehmigung setzt die Kenntnis der Handlung des Vertreters und damit ihre Existenz voraus. Diese ist Mittel der Interpretation, wirkt sozusagen als Kommentar der verweisenden Erklärung. Diese Eigenschaft macht sie zur mittelbaren Voraussetzung des Rechtserfolges. Diese Beziehung aber hat sie mit Tatsachen gemein, die im übrigen nichts mit dem Rechtserfolg zu schaffen haben. Wenn D. den Inhalt eines Dokuments, in dem E. in eigener Sache disponiert, in entsprechender Abwandlung für die eigene Person in Geltung setzt, mehr oder minder mit dem Original vertraut, so konstatieren wir zunächst dasselbe wie vorhin: Die Rechtsfolge hat eine mittelbare Voraussetzung (nämlich die Existenz der Urkunde). Wir stellen aber auch fest, daß bei gleichbleibender Handlung ihre Träger vollständig wechseln. Die Rolle des E. wird von D. übernommen; E. selber nehmen wir in der Szenerie, in der die rechtlichen Schicksale des D. entschieden werden, nicht wahr. Gilt das gleiche für V., den Vertreter des D., dessen Übereignung von D. genehmigt wird? Oder

[1]) Bei Untersuchung der Vollmacht waren wir einer sorgfältigen Prüfung dieser Frage überhoben. Da die Handlung des bevollmächtigten Vertreters in die Zukunft fällt und daher das Merkmal wirklicher Ungewißheit trägt, mußte das Relativum ohne ernstlichen Widerstand das Feld räumen. Vgl. oben S. 14 f.

tritt er in der Rolle eines Hauptakteurs auf, indem er gleich D. unmittelbare Voraussetzungen der Rechtsfolge ins Leben ruft? In Anlehnung an unser Beispiel fragen wir: Wenn D. mit ausdrücklichen Worten den Eigentumswechsel gutheißt und nicht bloß auf die Erklärung des Vertreters verweist, sodaß sie als Auslegungsmittel entbehrlich ist, hat diese Erklärung dann irgendwelche Bedeutung? Schon der Umstand, daß der andere Bestandteil des Vertretergeschäfts durch die Genehmigung nicht ersetzt werden kann, gibt zu denken. Die Tradition des Besitzes, die der Vertreter im Zusammenhang mit der Übereignungserklärung ausführt, ist und bleibt eine unmittelbare Voraussetzung des Eigentumswechsels. Nicht minder auffällig ist die „Rückwirkung" der Genehmigung[1]). Ferner: Wenn die Genehmigung ohne Mitwirkung der genehmigten Erklärung eine Rechtsfolge in der Vergangenheit auslösen sollte, was in der Welt rechtfertigte ein solches Privileg? Sonst ist einer einzelnen Willenserklärung mit dinglicher Wirkung die Vergangenheit doch stets verschlossen. Und ein drittes: Vorschriften, wie sie die §§ 165, 166 BGB. enthalten, wären gegenstandslos, wenn die Erklärung des Vertreters im günstigsten Fall nichts anderes als ein Auslegungsmittel wäre. Diese Hinweise mögen genügen. Wir dürfen die Feststellung schon wagen, daß die Willenserklärung des Vertreters den gleichen Rang hat wie irgendwelche Akte, die sich mit ihr zur Einheit des Vertretergeschäfts verbinden, als da sind Besitzübergabe (§ 929), Erscheinen vor dem Grundbuchamt (§ 925) und ähnliches. Sie ist wie jene eine unmittelbare Voraussetzung des Rechtserfolges.

Aber diese Feststellung ist unvollkommen. Nachdem wir von der reinen Gesetzesvoraussetzung die vom Parteiwillen statuierte Voraussetzung geschieden haben, reizt es uns zu wissen, welcher Gattung die neu entdeckte Voraussetzung angehört. In die konkrete Sphäre unseres Beispiels übertragen, sieht die Alternative so aus: Entweder sind Besitzübertragung und Einigung zwischen V. und K. sowie die Genehmigung des D. samt und sonders gesetzliche Voraussetzungen im engen Sinn. Oder aber Einigung und Übergabe sind kraft der Genehmigung des D. Voraussetzungen des Eigentumswechsels, und nur diese ist eine reine Gesetzesvoraussetzung. Die erste Diagnose ist richtig, wenn die Genehmigung eine Willenserklärung ist, die unmittelbar auf den Rechtserfolg hinzielt, die zweite, wenn die Genehmigung die Handlungen

[1]) Um den Einwand abzuschneiden, daß der Zeitpunkt, auf den die Genehmigung „zurückwirkt", nicht durch die Übereignungserklarung des Vertreters, sondern die Tradition des Besitzes festgelegt werde, schneiden wir unser Beispiel auf § 929, Satz 2 zu. Das von D. genehmigte Geschäft des V. sei eine brevi manu traditio.

des Vertreters ergreift. Wir haben früher festgestellt, daß der Wille des Genehmigenden auf dem Wege zum Rechtserfolg die Handlung des Vertreters berührt, wie es die Formel zum Ausdruck bringt, der Genehmigende erkläre, das vom Vertreter Gewollte zu wollen. Wir hatten damit den richtigen Weg beschritten. Jetzt gilt es, bis ans Ende darauf fortzuschreiten. Zunächst stellen wir fest, daß der Satz, der Zustimmende wolle das vom Vertreter Gewollte, an Präzision zu wünschen übrig läßt. Das Wort Zustimmung bedeutet mehr als die Äußerung eines dem zustimmungsbedürftigen Willen adäquaten Willens. Zustimmen (im Rechtssinn) heißt die Sanktion erteilen. Dieser Satz enthält alles. Der Zustimmende will zwischen den Vertreterakten und dem Ziel, dem sie zugewandt sind, die Brücke schlagen, über die der wirkende Funke gleitet, in dessen Licht die Vertreterakte als Voraussetzungen, das Ziel als ihre Folge aufglänzt. Will aber jemand, daß sich an a als Voraussetzung b als Folge knüpfe, so äußert sich die gleiche Tatsache in den Worten: Er will, daß b geschieht unter der Voraussetzung, daß a ist. Wir können also die These aufstellen: Die Genehmigung eines Vertretergeschäftes ist die Erklärung des Willens, daß ein Rechtserfolg unter der Voraussetzung eintritt, daß der Vertreter eine auf den Rechtserfolg gerichtete Willenserklärung abgegeben und die anderen Elemente des Rechtsgeschäfts perfiziert hat.

Ehe wir unserer These sichere Geltung zusprechen, mögen wir sie in ihren verschiedenen Variationen wägen. Wenn der Vertretene Geschäfte genehmigt, die ihm als Ganzes oder in ihren Einzelheiten unbekannt sind, dann sinkt die Wagschale schwer und rasch zu Boden. Da flüchtet sich der Glaube des Vertretenen an die vertrauenswürdigen Eigenschaften des Vertreters in die Voraussetzung, daß er für ihn tätig war. Kaum minder neigt sich die Wage, wenn der Vertretene den Inhalt der Geschäfte zwar kennt, nicht aber Wert oder Unwert erkennt noch zu erkennen wähnt. Auch hier berät ihn sein Vertrauen; wieder findet das gleiche Motiv in der gleichen Voraussetzung seinen Ausdruck. Wie aber werden die Zünglein der Wage sich einspielen, wenn der Vertretene sein Schicksal durch ein selbständiges Urteil entscheidet und weder Vertrauensseligkeit noch sonst ein Grund, der die Person des Vertreters berührt, den Leitstern seines Handelns bilden? Zuweilen wird dem Vertretenen eben nichts an der Voraussetzung, sondern nur am Rechtserfolg gelegen sein. Die Voraussetzung an sich ist da ohne Interesse; sie interessiert einzig und allein als Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolge. Aber auch wenn sie zu dieser nebensächlichen und untergeordneten Rolle verurteilt ist, hört sie nicht auf, Vor-

aussetzung zu sein, und der Satz behält seine Richtigkeit, der Rechtserfolg sei an die Voraussetzung geknüpft, daß der Vertreter ihn gewollt habe. Das eben ist der chararacter indelibilis der Vertreterhandlung, daß sie, selbst der Vergangenheit angehörig, als Voraussetzung den Ausgangspunkt eines in die Vergangenheit fallenden Rechtserfolges zu bilden vermag. Es kommt hinzu, daß dem Genehmigenden durch eine Handlung des Vertreters, die neben einer Willenserklärung andere Elemente umfaßt, das Detail der Erklärung wie die Vornahme jener Begleitakte erspart wird.

Von welcher Art die Voraussetzung in ihren verschiedenen Stadien ist, werden wir am besten begreifen, wenn wir sie mit der Bedingung im engen Sinn und der Befristung konfrontieren. Wir konstatieren der Vollständigkeit halber, daß die Voraussetzung, die in der Konstruktion der Genehmigung erscheint, keine Bedingung im engen Sinne ist; denn niemals bezeichnet sie ein künftiges Ereignis. Daß ihr Eintritt „objektiv" ungewiß sein könne, haben wir früher im Widerspruch mit der herrschenden Meinung festgestellt. Freilich wird dies ein seltener Ausnahmefall sein. Um so häufiger wird der Eintritt der Voraussetzung „subjektiv" (d. h. für den Genehmigenden) ungewiß sein. Dann liegt das vor, was die Römer eine condicio in praeteritum collata nennen[1]). Erscheint aber der Eintritt der Voraussetzung im Sonnenlicht vollster Gewißheit, dann ist die Voraussetzung ein Pendant jener Befristung, die wir als eine unreine bezeichnet haben (z. B. Befristung bis zum künftigen Todestag eines Menschen, dessen Eintritt wir cum grano salis als gewiß betrachten). Dort ein künftiger, hier ein vergangener Zeitpunkt, beide durch ein Ereignis gekennzeichnet, dessen Eintritt gewiß ist oder doch als gewiß gilt. In der Reihe der Voraussetzungen bildet diese den extremen Gegensatz zu der Bedingung im engen Sinn. Einmal erscheint ein gewisses, vergangenes, das andere Mal ein ungewisses, zukünftiges Ereignis im Gewande der Voraussetzung. Indem wir den Abstand dieser Voraussetzungen feststellen, ermessen wir den Unterschied zwischen Vollmacht und Genehmigung im Fall der stärksten Divergenz. So stark die Spannung aber sein mag, letzten Endes handelt es sich um Spielarten der gleichen Erscheinung, nämlich der vom Parteiwillen statuierten Voraussetzung.

§ 5. Konstruktion der Genehmigung des § 185 BGB.

Jetzt wird es auch ein leichtes sein, die Genehmigung einer Verfügung in eigenem Namen richtig zu deuten. Die Einwilligung in

[1]) „Unterstellung": Henle, Unterstellung und Versicherung (1922), S. 20 ff.

eine solche Verfügung lernten wir als die Übertragung eines Rechtes erkennen, die durch eine Verfügung über dieses Recht bedingt ist. Wenn wir das Wort Bedingung in seiner weiten Bedeutung begreifen, so können wir diese Konstruktion auch für die Genehmigung gelten lassen. Andererseits ist der Unterschied leicht erkennbar: In der Konstruktion der Einwilligung tritt eine Bedingung im engen Sinn, in derjenigen der Genehmigung bald eine condicio in praeteritum collata, bald eine der „unreinen" Befristung verwandte Voraussetzung auf.

§ 6. Konstruktion einer koordinierten Zustimmung nach §§ 1375, 1395 BGB.

Wir haben bisher Fälle behandelt, in denen der Zustimmende eine überragende Position innehatte. Von der Autorität seines Willens empfingen alle Voraussetzungen des Rechtserfolgs (außer der Erklärung dieses Willens selbst) ihre Weihe. Aber nicht immer ist die Zustimmung der Ausfluß eines überlegenen Willens. Auch dann pflegen wir von Zustimmung zu reden, wenn ein Rechtserfolg durch zusammenhängende Handlungen herbeigeführt wird, die das gleiche Maß von Autorität besitzen. Die Verfügung, die eine Ehefrau über eingebrachtes Gut trifft, und die Zustimmung des Ehemannes (§§ 1395, 1396 BGB.) sind in der Regel koordinierte Elemente, d. h. von einander unabhängige Voraussetzungen der Rechtsänderung. Wir gehen von folgender Erwägung aus: Man kann das Beispiel so wenden, daß der Ehemann die Verfügung vornimmt und die Ehefrau zustimmt (§ 1375 BGB.)[1]. Diese Umkehrung eröffnet die Einsicht in den elementaren Gegensatz, der die Zustimmungstypen beherrscht. Lassen wir noch einmal die alten Beispiele aufmarschieren: D. stimmt (im voraus oder nachträglich) einer Verfügung zu, die V. im Namen des D. vornimmt. Und er stimmt (im voraus oder nachträglich) einer Verfügung des V. zu, die dieser in eigenem Namen über ein Recht des D. trifft. Eine Umgruppierung der handelnden Personen innerhalb dieser Konstellationen ist unmöglich. Wenn D. im ersten Beispiel die Verfügung selbst vornimmt, ist es mit der Mitwirkung des V. aus und vorbei. Wenn D. im zweiten Beispiel die Verfügung im Namen des V. ausführt, muß dieser ihm Vollmacht oder Genehmigung (im engen Sinne) erteilen; die Zustimmung des D., für die § 185 verbindlich ist, wird jedoch nie und nimmer durch diesen oder einen anderen Akt des V. ersetzt. V. muß in unseren Beispielen also die

[1]) Wir erinnern uns der Feststellung, daß der Ehemann ebenso wie die Frau in deren Namen verfügt.

Intervention des V. anrufen, während D. in der gleichen Situation nicht auf eine gleiche Intervention des V. angewiesen ist. Auch ein Ehegatte kommt häufig ohne die Mitwirkung des anderen nicht aus; aber oft vermag der andere Ehegatte in gleicher Lage seiner Mitwirkung ebensowenig zu entraten. Damit ist erwiesen, daß die Ehegatten in einer Reihe von Fällen die gleiche Autorität genießen, während der D. unserer Beispiele im Verhältnis zu V. eine bevorzugte Stellung innehat.

Die jeweilige Mächtegruppierung spiegelt sich deutlich in der Anordnung der Voraussetzungen wider. In der Konstruktion der dem § 185 unterliegenden Zustimmung erscheint die Verfügung des „Zustimmungsempfängers" in der Gestalt der Bedingung (im weiten Sinn). Wir begegnen der einfachen Erscheinung, daß eine Rechtsübertragung — und nichts anderes ist die Zustimmung — an eine Voraussetzung gebunden ist. Eine Ausstrahlung des Übertragungsrechts: Wem es verliehen ist, ein Recht schrankenlos zu übertragen, darf diesen Akt auch in gewisse Klauseln einspinnen. Die Rückwirkung ist allerdings eine Besonderheit. Ebenso liegen die Dinge bei der Vollmacht. Wiederum wird die Verfügung des „Zustimmungsempfängers" als „Bedingung" in die Konstruktion der Zustimmung hineingezogen.

Man könnte eine abweichende gesetzliche Regelung ausdenken. Da, wo die vom Vertreter realisierbaren Voraussetzungen den Willensinhalt des Geschäftsherrn nicht beeinflussen, könnte von ihnen Abstand genommen werden. D. erklärt, einen Rechtserfolg „unbedingt" zu wollen. Früher oder später wird von V. die konforme Willenserklärung mit den sonstigen Erfordernissen des Rechtserfolges (z. B. die Besitzübergabe nach § 929, Satz 1) verwirklicht. Unter dem Zwang des Gesetzes gehen die Operationen des D. und V. eine automatische Verbindung ein, deren Frucht die gewollte Rechtsfolge ist. Theoretisch denkbar wäre ein solcher Kontakt selbst dann, wenn die Willenserklärung des Vertretenen auf die Erklärung des Vertreters nicht bezug nähme. Wir wollen diesen Gedanken nicht allzusehr nachhängen. Wir bemerken indessen, daß das ersonnene System in den Fällen sehr gekünstelt ist, in denen das Rechtsgeschäft nur in einer Willenserklärung besteht. Die Willenserklärung des Vertretenen muß in diesen Fällen, falls an den Geschäftsgegner adressiert, so gehalten sein, daß sie ohne die Erklärung des Vertreters nicht verständlich ist. Sonst wird aus einer grotesken Erscheinung sogar eine glatte Unmöglichkeit. Denn eine bestimmte und unbedingte Willenserklärung duldet nicht die Ergänzung durch eine andere Erklärung. Die getadelten Einzelheiten

treten indessen zurück vor einem Mangel, der dem System im ganzen anhaftet. Es ist ein Gebilde mit zwei Schwerpunkten. Während in der Konstruktion, die mit dem realen Gesetz harmoniert, das Schwergewicht in einem Punkte, nämlich dem Willen des Vertretenen, ruht, ist es in dieser Konstruktion auf zwei Punkte, den Willen des Vertretenen und des Vertreters, verteilt. Die Geschlossenheit und Einheit ist zerstört, und, was schlimmer ist, die einheitliche Linie, die durch die Konstruktion einer einfachen (in eigenem Namen getroffenen) Verfügung angedeutet wird, damit abgerissen. Die Konstruktion der Alleinverfügung gravitiert nach dem Willen des Handelnden. Das Ideal einheitlicher Konstruktionsbilder erfüllt daher nur diejenige Lösung des Vertreterproblems, die die Grundgestalt jener Konstruktion bewahrt. Zugleich aber wird dem Grundsatz unserer Rechtsordnung zum Durchbruch verholfen, der die rechtlichen Schicksale des einzelnen vornehmlich seinem eigenen Willen unterwirft, andere aber von ihrer Gestaltung im allgemeinen ausschließt.

Die Konstruktion, die wir soeben verworfen haben, gelangt zu Ehren, sobald wir uns von den Stellvertretungsfällen fort zu dem Beispiel einer Verfügung zurückwenden, in dem die Ehegatten eine paritätische Rolle spielen. Es fehlt das Urbild mit einer einheitlichen Gravitation, an das sich die Konstruktion dieser Verfügung anlehnen könnte. Die Verfügung, die ein Ehegatte allein vornimmt, bleibt ja notwendig Stückwerk (im Gegensatz zu einer Verfügung des „Vollmachtgebers"). Die Ehefrau hat Verfügungsbefugnis nach dem generellen, unausgesprochenen Satz unserer Rechtsordnung, den wir oben behandelt haben; der Mann hat das Recht der Verwaltung und Nutznießung. Keine dieser Rechtssphären reicht weit genug, daß alle Rechtsgeschäfte, die Eingebrachtes betreffen, ganz und gar in sie hineinfielen. In den Fällen, die über die einzelne Rechtssphäre hinausragen, kommen wir mit einer einzigen Voraussetzung „ersten Grades" = Gesetzesvoraussetzung oder einem einzigen Bündel von solchen Voraussetzungen, je nachdem der Typ des betreffenden Rechtsgeschäfts eine einfache oder zusammengesetzte Größe ist, nicht aus. Die Zustimmung des anderen Ehegatten muß zu der Verfügung eines Ehegatten als gleichwertiges Komplement hinzutreten. Oder wenn wir die Dinge von der Zustimmung her betrachten: Sie verkündet einen Willen, der, in die Form des zustimmungsbedürftigen Aktes gekleidet, im Zusammenhang von lauter Akten des Zustimmenden nicht hinlänglich mächtig wäre, die Dinge ohne den Beistand eines fremden Willens zu meistern. Darum ist es unmöglich, unser jüngstes Problem in gleicher Weise wie das

Stellvertreterproblem von der Zustimmung her aufzurollen und die Zustimmung heischenden Handlungen als Bedingungen (im weiten Sinn) in den Inhalt der Zustimmung aufgehen zu lassen. Wir können also kurz und bündig sagen: Die Vornahme des zustimmungsbedürftigen Geschäftes ist eine reine Gesetzesvoraussetzung. Wenn die Frau den Mann bevollmächtigt, tut sie des Guten zuviel. Das gleiche gilt, wenn der Mann seine Zustimmungserklärung (sc. zu einer Verfügung der Frau) nach dem Muster der Bevollmächtigung gestaltet. Die Bedingung ist auch in diesem Fall ein überflüssiger Ballast der Erklärung.

Nur eine feine Grenzlinie trennt diese Komplexe von Zustimmung und Verfügung von Gesamtverfügungen, deren Urheber in gleicher Rolle auftreten. Als Beispiel mag die Verfügung zweier Miterben dienen (vgl. § 2040 BGB.). Jeder Miterbe nimmt an sämtlichen Parteiakten teil, die in dem Begriff der Verfügung zusammengefaßt werden. Die Willenserklärung geht von ihnen gemeinsam aus. Der Zustimmende dagegen hat mit der Eröffnung seines Willens seine Rolle ausgespielt; und diese Eröffnung hat die konzentrierte Form einer verweisenden Erklärung. Die Zustimmung des Ehegatten und die ergänzende Verfügung des Miterben tragen jedoch einen gleichen Wesenszug; sie sind bedingungsfreie Typen einer Willenserklärung. Ja, in der Gesamtverfügung der Miterben zeigt sich die Verbindung selbständiger Voraussetzungen mit großer Evidenz. Das Konstruktionsbild, das aus der gemeinsamen Handlung der Ehegatten nur matt hervorschimmert, liegt offen da.

Kapitel III. Von der Verfügung im allgemeinen.

Die Konstruktion des letzten Zustimmungstyps ist nunmehr gleich den voraufgehenden Konstruktionen abgeschlossen. Der Zeitpunkt ist da, in dem uns die Lösung des Verfügungsproblems als reife Frucht zufallen muß.

Wir vergewissern uns zunächst, was das Wort Verfügung bedeutet. Enneccerus lehrt uns:[1]) „Unter Verfügung versteht das BGB. jede Willenserklärung, durch die unmittelbar über ein Recht verfügt wird, also das Recht aufgehoben, übertragen, belastet oder in seinem Inhalt verändert wird, es bestehe denn diese Erweiterung lediglich in einer Erweiterung oder Verstärkung." Zur Illustration dieser Begriffsbestimmung stellt er die Verfügung in Gegensatz zu „bloßen" Verpflichtungsgeschäften, beispielsweise die Veräußerung einer

[1]) Enneccerus, Kipp und Wolff, 1. Bd., 1. Abtlg., § 134 I.

Sache zum Verkauf. Durch das Kaufgeschäft werden zwar „unmittelbar" Rechte begründet, kein Recht aber „unmittelbar" aufgehoben, übertragen, belastet oder verändert. Der Kauf gibt freilich den Anstoß zu Verfügungen, wenn der Inhalt der durch den Kauf begründeten Verpflichtungen und korrespondierenden Rechte (auf Übereignung des Kaufobjektes und Zahlung des Kaufpreises) verwirklicht wird. Den Gegensatz zum obligatorischen Geschäft hat man im Auge gehabt, als man die Verfügung als u n mittelbare Aufhebung, Veränderung usw. von Rechten charakterisierte. Mir erscheint der Zusatz „unmittelbar" entbehrlich, ja verfehlt. Das Verpflichtungsgeschäft stellt keineswegs eine Handlung dar, die die gleiche Wirkung wie die Verfügung, nur mittelbar, zeitigte. Man würde dessen sehr bald inne werden, sollte es jemandem einfallen, in Konsequenz der angefochtenen Begriffsbestimmung die Verpflichtungsgeschäfte als mittelbare Verfügungen zu bezeichnen. Auch ist der Zusatz „unmittelbar" nicht zeitlich im Sinne von „sofort" zu verstehen[1]). Das erhellt zur Genüge daraus, daß noch niemand Bedenken getragen hat, befristete Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht übertragen, aufgehoben, belastet oder verändert wird, als Verfügungen anzusehen.

Noch eins: Die Wirksamkeit einer Verfügung setzt in zahlreichen Fällen außer der Willenserklärung des Betroffenen die Mitwirkung eines Vertragsgegners voraus. Z. B. bedarf die Übereignung einer Mobilie der Einigung des Veräußerers mit dem Erwerber über den Wechsel des Eigentums. Gleichwohl bezeichnen wir mit von Tuhr[2]) nicht beide Vertragskontrahenten, sondern nur denjenigen als Subjekt der Verfügung, der den Verlust oder eine Schmälerung seines Rechts erleidet. Wir folgen damit dem landläufigen, auch vom Laien geübten Sprachgebrauch. Der Grund dieser Ausdrucksweise ist leicht ersichtlich. Der erklärte Wille dessen, der die Einbuße erfährt, motiviert den Eintritt dieses Erfolges. Die Annahmeerklärung eines anderen ist nötig, wenn die Einbuße Teil einer Zuwendung ist. Die Dereliktion einer beweglichen Sache ist ein einseitiger, ihre Übereignung ein zweiseitiger Akt. Die Übereignung erschöpft sich nicht in dem Eigentumsverlust des Veräußerers; sie ist auch nicht Dereliktion plus Bestimmung eines Nachfolgers. Vielmehr hängt sie von der Willenserklärung des Bedachten ab, schon deshalb, weil an dem Eigentum Lasten und Pflichten haften. Wenn man aber die Dereliktion als Verfügung über das Eigentum bezeichnet[3]), ist es konsequent, nur die Übereignungsofferte

[1]) Vergl. die Ausführungen Raapes gegen von Tuhr im Archiv für die zivilistische Praxis, neue Folge, 1. Bd., S. 258.

[2]) Vergl. die vor. Anmerkung.

[3]) Vgl. Wolff in Enneccerus, Kipp und Wolff, 2. Bd., 1. Abtlg., § 78 II 1b.

Verfügung zu nennen, die Annahmeerklärung aber vom Verfügungsbegriff auszuschließen. Die Offerte besiegelt den Verlust des Rechts, ihre Annahme begründet den Erwerb. Der Verlust des Rechts aber ist der gemeinsame Koeffizient von Dereliktion und Übereignung.

Kapitel IV. Verfügungscharakter der Zustimmung.

§ 1. Verfügungscharakter der Vollmacht im weiten Sinn.

Die Synthese von Verfügung und Zustimmung kann nunmehr beginnen. Zuerst soll wieder die Vollmacht behandelt werden. Ist die Bevollmächtigung zu einer Verfügung selbst Verfügung? Existieren also zwei Verfügungen, oder gehen beide Akte in einer Gesamtverfügung unter, oder ist am Ende der Akt, den wir Verfügung nennen, nur der Schatten einer Verfügung, während sich die Vollmachtserteilung im ungeteilten Glanze dieses Namens sonnt? Die Konstruktion der Vollmacht ist uns bekannt: D. will, daß etwas unter der Voraussetzung geschieht, daß V. wollen wird bzw. gewollt hat, daß es geschieht. Auch der Verfügungsbegriff ist uns vertraut: Eine Verfügung ist jede Willenserklärung, durch die ein Recht aufgehoben, übertragen, belastet oder in seinem Inhalt verändert wird. Was aber ist leichter als die Synthese des Gegebenen? Daß die Vollmacht (mit Einschluß der Genehmigung) eine Willenserklärung ist, wird nicht bestritten[1]). Daß sie auf die gleiche Rechtsfolge wie die Willenserklärung des Vertreters gerichtet ist, wenn auch in der Form gewöhnlich, durch die typische „Bedingung" notwendig von ihr verschieden, das haben wir oben nachzuweisen versucht. Wer uns hierin gefolgt ist, kann der Schlußfolgerung nicht entrinnen, daß die Vollmacht zu einer Verfügung selbst Verfügung ist. Die Willenserklärung des Vertreters mag sich mit anderen Akten paaren[2]), sie mag besonderen Formvorschriften unterliegen, sie mag den Kontakt mit dem Verfügungsgegner herstellen (die Vollmacht braucht bekanntlich nur dem Vertreter erklärt zu werden): dies und manches andere mag ihr den Nimbus der einzig wahren Verfügung verleihen. Alles das rührt uns nicht. So wahr eine Willenserklärung ohne Begleitakte den Namen eines Rechtsgeschäfts verdient, darf die Vollmacht zu einer Verfügung einen Anspruch auf diese Bezeichnung erheben, selbst wenn die betroffene Verfügung aus mehreren Akten bestehen sollte. Die Willenserklärung

[1]) Vgl. z. B. Enneccerus, Kipp und Wolff I 1, § 191 I 3, § 171 II.

[2]) In den Definitionen der Verfügung erscheint häufig das Rechtsgeschäft als Ganzes, nicht die bloße Willenserklärung als Träger dieses Namens, vgl. z. B. von Tuhr, Allgem. Teil II 1, § 54 I.

des Vollmachtgebers bildet den letzten Grund der Rechtswirkung. Dem Rechtsgeschäft des Vertreters entspringt sie, gewiß, aber es wirkt nur, weil der Vertretene die Wirkung will. Darum wollen wir die Vollmacht zur Verfügung Urverfügung nennen. Die Verfügung des Vertreters mag den Namen einer einfachen Verfügung behalten. Daß sie nicht aufhört, Verfügung zu sein, obgleich sie im Rahmen der Vollmachtserklärung den Platz der „Bedingung" einnimmt, kann kaum zweifelhaft sein, auch dann nicht, wenn sich die Vollmachtserklärung an den Verfügungsgegner wendet. Wieder drängt sich der Vergleich mit der Wollensbedingung auf. Man kann die vom Vertretenen statuierte „Bedingung" eine Wollensbedingung im weiten Sinne nennen. Hier wie dort zeigt die mit dem Rang der „Bedingung" bekleidete Handlung, sobald sie auf einen Verfügungserfolg hinzielt, die Symptome der Verfügung mit unverkennbarer Deutlichkeit.

Bisher haben wir den Blick nacheinander auf die Erteilung der Verfügungsvollmacht und die betroffene Verfügung geheftet. Jetzt richten wir ihn auf das Ganze. Ist das Ganze eine Verfügung, sind die Teile Verfügungen, schließt eins das andere aus? Diese Fragen harren noch der Antwort. Der Rechtserfolg resultiert aus der Vereinigung beider Komponenten; die Einheit des Erfolges aber schließt die parallel gehenden Handlungen des Vertreters und des Vertretenen rückwirkend zu einer Einheit zusammen. Man kann daher von einer einheitlichen oder einer Gesamtverfügung sprechen. Man tut jedoch gut daran, den Ausdruck „gemeinsame Verfügung" zu vermeiden. Ihn möchten wir mit von Tuhr[1]) auf diejenigen Verfügungen beschränken, deren Subjekte einander koordiniert sind. Akzeptieren wir den Gedanken der einheitlichen Verfügung, so hören die Teile deshalb jedoch nicht auf, Verfügungen zu sein. Sie sind eben Teilverfügungen. Unfähig, den Rechtserfolg aus eigener Kraft herbeizuführen, haben sie immerhin die Tendenz, den Rechtserfolg zu bewirken. Und die Tendenz charakterisiert die Willenserklärung, nicht der Eintritt der Wirkung. Sonst müßte der Ausdruck Verfügung in allen Fällen verfemt sein, in denen die Wirkung ausbleibt. Tatsächlich aber gebrauchen wir Wendungen wie „Verfügung eines Geisteskranken", „unwirksame Verfügung" und ähnliche.

Urverfügung und Verfügung im Gefüge einer Gesamtverfügung, das ist das Gebilde, das sich im Lauf der Untersuchung herauskristallisiert hat. Vielleicht wird mancher auf folgenden Einwand verfallen. In den Fällen, in denen wir zur Annahme einer Bedingung im engen

[1]) Allgem. Teil, § 153 zu Note 165.

Sinn gelangen, wird es heißen, gerade die Konstruktion in Widerspruch mit allen bedingungsfeindlichen Verfügungen. Doch nein! Die vom Vollmachtgeber statuierte Bedingung ist eine Wollensbedingung im weiten Sinn, und darum genießt sie ein Privileg vor anderen Bedingungen. Wenn D. dem K. erklärt (die an den Vertreter adressierte Vollmacht interessiert in diesem Zusammenhang nicht), er wolle einen gewissen Rechtserfolg, wenn V. ihn wollen werde, was im Himmel sollte an einer solchen Erklärung verpönt sein? Gewiß wird dadurch ein Zustand der Ungewißheit heraufbeschworen. Aber ist das weniger der Fall, wenn jemand eine eigene Verfügung in Aussicht stellt bzw. ihre Möglichkeit andeutet? Vor der Ungewißheit künftiger Willensentschließungen kann und will das Gesetz niemanden behüten. Darum zerbirst unsere Konstruktion nicht unter dem Druck bedingungsfeindlicher Verfügungen.

§ 2. Verfügungscharakter der Zustimmung des § 185 BGB.

Die Frage, Verfügung oder nicht Verfügung, wiederholt sich bei der Zustimmung zur Verfügung in eigenem Namen. Nach der Analyse der Vollmacht kann die Antwort nicht mehr zweifelhaft sein. Wenn die Zustimmung eine Willenserklärung[1]) mit dem Ziel eines „bedingten" Rechtswechsels ist, läßt sich an ihrem Verfügungscharakter nicht drehen oder deuteln. Freilich, sie ist eine Verfügung von eigenem Stil. Hier ist es besonders deutlich. Sie kann sich statt an den Verfügungsgegner an dessen Gegner wenden; ihre Wirksamkeit ist auch in den Fällen ungeschwächt, wo die Verfügung mit der Aufnahme einer anderen Bedingung ihre Wirksamkeit einbüßen würde; und vor allem: sie weicht vielfach in Umfang oder Form von der bedingungslosen oder anders bedingten Übertragung des von der Zustimmung betroffenen Rechtes ab. Während z. B. die bedingungslose Übereignung einer beweglichen Sache in allen Fällen aus einer Einigung und einem andern Bestandteil zusammengesetzt ist, ist die nach § 185 BGB. erteilte Zustimmung, auch wenn sie das Eigentum an einer Mobilie überträgt, nichts weiter als eine einseitige Erklärung. Die Besonderheiten erklären sich aus der besonderen Natur des Übertragungsaktes. Die von ihm ausgelöste Bewegung ist nur der Auftakt zu dem Wandel, den die Verfügung des Erwerbers bewirkt. Wenn die zustimmungsbedürftige Verfügung selbst in einer Übertragung besteht, dann entsteht nur ein interimistischer Rechtszustand, dessen Dauer einen unendlich kleinen Bruchteil der Zeit umspannt. Wenn der Inhaber eines Rechts einer rechtsändernden Verfügung von ge-

[1]) Daß sie eine Willenserklärung ist, wird allgemein anerkannt; vgl. u. a. Enneccerus, Kipp und Wolff I 1, § 191 I 3.

ringer Bedeutung — man denke an die Belastung eines Grundstücks mit einer geringfügigen Hypothek — zustimmt, die ein anderer in eigenem Namen über das Recht zu treffen gedenkt oder getroffen hat, so ist das Wagnis des Gesetzes, das die in der Zustimmung enthaltene Rechtsübertragung so schrankenlos privilegiert, allerdings bedenklich.

Mit der Bevollmächtigung den Verfügungscharakter und die erwähnten Privilegia teilend, ist die Zustimmung zu einer Verfügung in eigenem Namen dennoch von anderer Artung. Die Vollmacht betrifft eine Verfügung im Namen des Vollmachtgebers, die Zustimmung des § 185 eine Verfügung im Namen des „Zustimmungsempfängers". Dort eine einzige, hier eine doppelte Wandlung der Rechtslage. Bei der Untersuchung der Vollmacht mußten wir das Neben- und Ineinander von Urverfügung, Verfügung und Gesamtverfügung entwirren. Hier existieren zwei selbständige Verfügungen, keine das Fragment einer größeren Einheit, unter Umständen extrem ungleich, mit sehr ungleichem Erfolg. Diese Scheidung ist wertvoll. Sie spendet vor allem Licht im Gebiet der Kausa. Von dem „Zustimmungsempfänger" webt sich das Band einer Kausa sowohl zum Autor seines Rechts wie zum Gegner seiner Verfügung, oder aber es schlingt sich die Fessel der Kondiktio nach dieser oder jener Seite. Keine Verbindung besteht indessen zwischen den äußeren Gliedern der Reihe, jedenfalls keine Kausa im Sinne eines rechtlichen Zwecks[1]). Allerdings kann eine Beziehung zwischen ihnen tatsächliches Motiv[2]) der Zustimmung sein.

§ 3. Verfügungscharakter der koordinierten Zustimmung nach §§ 1375, 1395 BGB.

Das Blatt wendet sich, wenn wir uns dem dritten Zustimmungstyp zuwenden. Er nähert sich dem ersten Typ. Zustimmung und zustimmungsbedürftige Verfügung sind Willenserklärungen von ungleicher Form, aber mit gleicher Tendenz. Sie sind also Teile einer Gesamtverfügung oder Teilverfügungen. Wir haben früher dargetan, daß sie einander koordiniert sind. Darin liegt ihr gewaltiger Unterschied von „Vollmacht" und Vertreterverfügung.

Da die Zustimmung des Ehegatten Verfügung ist, müßten die §§ 1395 ff. auf sie angewandt werden, wenn uns nicht die Besonderheit der rechtlichen Situation dieser Notwendigkeit enthöbe. Die Subsumption der Zustimmung unter diese Paragraphen wäre absurd, da sie eine Kette ohne Ende ins Rollen brächte: Die Zustimmung des Mannes zur Zustimmung der Frau bedürfte wiederum wegen ihres Verfügungscharakters der Zustimmung, und so ginge es fort. Tatsächlich ist die zustimmungsbedürftige Erklärung ein vollständiges Kom-

[1]) Vgl. von Tuhr, Allgem. Teil II 2, § 72 I. [2]) Vgl. die vor. Anmerkung.

plement der Zustimmung, und der Zusammenschluß der partiellen Verfügungen zur Gesamtverfügung schneidet den Faden, der sonst ins Unendliche laufen würde, ab.

Kapitel V. Kritik abweichender Ansichten; Auseinandersetzung mit Raape.

Unsere Abhandlung würde zu sehr anschwellen, wollten wir uns mit jedem Gegner auseinandersetzen. Angriff und Verteidigung werden vielmehr von zwei Gesichtspunkten beherrscht sein. Einmal werden wir uns mit herrschenden Ideen von zentraler Bedeutung, sodann aber mit demjenigen Autor auseinandersetzen müssen, der zuletzt in die Schranken getreten ist. Das ist Raape. Da er vielfach den Grundlehren der herrschenden Meinung anhängt, können wir uns darauf beschränken, gegen Raape zu Felde zu ziehen und nur gelegentlich einmal die Front zu wechseln.

Zunächst wieder von der Vollmacht (im weiten Sinn). Raape wirft im 121. Bande des Archivs für zivilistische Praxis (der neuen Folge 1. Band) auf Seite 260 die Frage auf, welches die der Vollmacht (und der Genehmigung) eigentümliche Wirkung sei. Die Antwort lautet: „Indem D. dem Akt des V. zustimmt, nimmt er die Wirkungen desselben auf sich, öffnet er ihnen das Tor seines Vermögens, eignet er sich diese Wirkungen an, macht er den fremden Akt für sich verbindlich und maßgebend. Die Zustimmung des D. ermöglicht dem Akt des V. die von diesem gewollte Wirkung für oder gegen D., sie ermöglicht, kurz gesagt, eine Fremdwirkung." Den ersten drei Wendungen können wir nicht zustimmen. Ohne die Vollmacht des D. zeitigt der Akt des V. keine Wirkungen. Deshalb kann die Vollmacht nicht in der Aneignung von Wirkungen bestehen. Die folgenden Wendungen lassen die Auffassung durchblicken, D. wolle, daß die Willenserklärung des V. und ihre Begleitakte ihre Wirkung in der Rechtssphäre des D. entfalten. Wir haben statt dessen betont, daß die Willenserklärung des Vertretenen auf den gleichen Rechtserfolg wie diejenige des Vertreters lautet. Raape beruft sich auf Rosenberg. Bei diesem begegnen uns in der Tat einige der von uns kritisierten Wendungen. Aber daneben finden wir Aussprüche, die in unserer Richtung steuern. Auf Seite 217 der „Stellvertretung im Prozeß" heißt es: „Die Vollmacht des Geschäftsherrn ist eine Zustimmungserklärung und zwar zu der von dem Vertreter erzeugten Rechtswirkung. Sie ist keine Zustimmung zu stellvertretendem Handeln als solchem, sondern zu dem Ergebnis dieses Handelns." Zwar sind auch diese

Sätze unglücklich formuliert; auch hier taucht die imaginäre Größe einer Rechtswirkung auf, die der Vertreterakt ohne die Vollmacht gezeitigt haben soll. Aber die Sätze lassen doch durchschimmern, daß der Wille des Vertretenen und des Vertreters das gleiche Objekt haben. An einer anderen Stelle stoßen wir auf den unentwickelten Keim unserer „Bedingung". Wir lesen auf Seite 137 desselben Werkes: „Das Produkt, dem man die Einwilligung erteilt und Aufnahme gewährt, soll nur durch diesen Bevollmächtigten herbeigeführt werden. Nur dem von ihm abzuschließenden Geschäft erteilt der Prinzipal seine Zustimmung." Auch die gesetzliche Vertretung deutet Rosenberg in unserem Sinne, indem er die „Anordnung des objektiven Rechts" mit der „Erklärung des Geschäftsherrn" korrespondieren läßt. Raape ist von der Bahn Rosenbergs abgebogen. Der Vorgang ist komplizierter, als er annimmt. Es trifft nicht zu, daß der Wille des Vertretenen nur auf die Handlung des Vertreters hinstrahlt, um sie mit schöpferischer Kraft zu durchdringen. Sondern sein Wille umspannt zugleich, ja in erster Linie den Rechtserfolg selbst. In dem Bereich seines Willens liegt die bekannte Konstellation, in der die Handlung des Vertreters als Voraussetzung der Rechtsfolge und damit nur als Teil des Ganzen dasteht. Die Schwenkung, die Raape von Rosenbergs Weg fortführte, ist sein Verhängnis geworden. Da er die unmittelbare Richtung der Vollmacht auf den Rechtserfolg verkannte, konnte es schwerlich ausbleiben, daß er den Verfügungscharakter der Verfügungsvollmacht — jedenfalls im Verhältnis des Vollmachtgebers (D.) zum Verfügungsgegner (K.) — verneinte.

Auf Seite 262/3 drängt sich ihm der Gedanke auf: Wenn D. einer Verfügung als Eigentümer des Objekts zustimme, müßten sich Verfügungsbefugnis und Zustimmung verbinden, damit diese wirksam sei; folglich sei die Zustimmung Verfügung. Er schüttelt den Gedanken mit folgender Argumentation ab: Daß die Wirkung der Zustimmung (Vollmacht) vom Eigentum des Zustimmenden unabhängig sei, beweise schlagend der Fall, daß das Verfügungsobjekt dem E. gehöre. Ohne die Vollmacht des D. sei der Akt des V. trotz Zustimmung des E. hinfällig, die Zustimmung des E. im wahrsten Sinne des Wortes gegenstandslos. Man ersehe daraus, daß D. nicht als Eigentümer, sondern als „Geschäftsherr", nicht als dominus rei, sondern als dominus negotii zustimme. Richtig ist, daß die Vollmacht die Handlung des Vertreters aus eigenem Vermögen zur Voraussetzung der Rechtsfolge macht. Sie bahnt die Fremdwirkung an. Aber an der Schwelle, die das Stadium der Vorbereitung und der Wirkung

trennt, steht die Verfügungsbefugnis. Die Handlung des Vertreters beginnt zu wirken, die Vollmacht tritt in die zweite, entscheidende Phase ihrer Wirkung erst unter dem Zeichen dieser Befugnis. Darum ist es doch wahr, daß „die Verfügungsbefugnis die Zustimmung bedinge, die Zustimmung folglich Verfügung sei". Raape ist bei der ersten Phase, der Begründung der Voraussetzung durch die Vollmacht, stehen geblieben. Mir scheint, daß seine Auffassung von der Vollmacht daran schuld ist. Sie hat Raape dazu verführt, die Verfügungsbefugnis nur für eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Verfügung, nicht aber der Vollmacht zu halten.

Er befindet sich in dem gleichen Irrtum, wenn er die Zustimmung des E. in dem erwähnten Beispiel oder die Zustimmung einer Aktiengesellschaft zur Veräußerung einer vinkulierten Aktie namens eines Dritten als ein Appendix der Vertreteraktion ansieht. Die Zustimmung der Aktiengesellschaft ist eine Erscheinungsform des dritten Zustimmungstyps. Sie ist eine von Voraussetzungen reine Willenserklärung, die, auf die gleiche Rechtsfolge wie Vollmacht und Vertreterhandlung gerichtet, sich ihnen als dritte Voraussetzung anschließt. Die Zustimmung des E. gehört zur zweiten Gattung. Sie überträgt unter der bekannten spezifischen Voraussetzung dem D. das Eigentum an dem Verfügungsobjekt. Das Eigentum des D. aber ist wie die Zustimmung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft eine Voraussetzung des Rechtserfolges. Ohne sie sind Vollmacht und Vertreterhandlung in der Schwebe. Um die Ausdrucksweise Raapes nachzuahmen: Die Wirksamkeit der Vollmacht ist durch die Verfügungsbefugnis des D. nicht minder als die der Vertreterhandlung bedingt.

Raape greift einmal den Gedanken auf, daß die Erklärung des D., da causa efficiens der Verfügungswirkung, selbst Verfügung sei. Der Unbefangene könne nicht leugnen, daß das verbundene Wollen des D. und V. die Verfügungswirkung hervorbringe. Wieder ist er unserem Resultat zum Greifen nahe. Wieder weicht er aus. Nicht jede Willenserklärung, die einem Rechtsgeschäft, das eine Verfügung enthält, angehöre, sei eine Verfügung. Er verweist auf die Willenserklärung dessen, der eine Auflassung (gemeint ist Auflassungsofferte) entgegennimmt. Auf diesen Fall trifft seine Behauptung tatsächlich zu. Den Grund haben wir früher aufgedeckt: Die Annahmeerklärung begründet den Erwerb, die Offerte besiegelt den Verlust des wechselnden Rechts. Vollmacht und Vertreterhandlung aber haben die gleiche Tendenz. Darum erheischt das Vollmachtsproblem eine andere Lösung. Wieder rächt sich der Irrtum Raapes, daß die Vollmacht nur zur

Wirkung bringe, was der Vertreter in Szene setze, nicht aber auf den definitiven Rechtserfolg eingestellt sei.

Auf Seite 263 o. lehrt Raape, zu einer Verfügung werde nicht die Verfügungsbefugnis dessen verlangt, der den Verfügungsakt vornehme, sondern dessen, den sie nach ihrem Inhalt treffen solle. Danach ist Verfügungsbefugnis die Befugnis zu verfügen und dennoch keine Befugnis des Verfügenden. Das leuchtet schwerlich ein.

Auf Seite 271 findet sich der Satz: „Auf die Wirkung gesehen, ist der Akt des V. ein Akt des D." Man ersetze „Akt" durch „Verfügung", und man sieht, wie nahe Raape auch hier unsere Meinung vom Wesen der Vollmacht streift.

Ihn verfolgt der gleiche Unstern wie eine große Zahl derer, die unter dem gefährlichen Zauber der Worte Vertretungs- und Verfügungsmacht stehen. Was hat es mit diesen Dingen eigentlich auf sich? Schloßmann sagt treffend[1]: „Geschäftsunfähigkeit, Unfreiheit, Infamie u. a. (scil. rechtliche Eigenschaften, zu denen er auch die Rechtsmacht rechnet) werden in unserer Vorstellung zu Eigenschaften dadurch, daß wir die durch den Rechtssatz angeordneten positiven oder negativen Folgen gleichsam auf die Person projizieren und das so gewonnene Projektionsbild als die in der Person selbst gelegene, ihr inhärierende Ursache der lediglich auf dem Rechtserfolg beruhenden Wirkung vorstellen." Begriffe wie Recht und Pflicht gehören zum unentbehrlichen Hausrat der Jurisprudenz. Den Begriffen Befugnis und Rechtsmacht brauchen wir ebensowenig die Aufnahme zu versagen. Doch alle diese Gebilde aus der Werkstatt der juristischen Terminologie sind tückisch. Wer sich zu dem Glaubenssatz der herrschenden Meinung bekennt, daß die Bevollmächtigung die Verleihung einer Rechtsmacht bedeute, ist nicht besser daran, als wenn er Raapes Meinung von der „Ermöglichung der Fremdwirkung" anbinge. Das Wesentliche, die direkte Beziehung der Vollmacht zur definitiven Rechtsfolge, liegt im Dunkel. Ja, ein Vorwurf, der auch Raape nicht erspart werden kann, trifft die herrschende Meinung besonders schwer. Schloßmann sagt zutreffend[2]: Wer, um Belehrung über die Voraussetzungen angegangen, unter denen die Handlung des Vertreters wirke, den Frager mit dem Hinweis auf die Vertretungsmacht abspeise, könne sich zu einem Zirkel, zu einer Tautologie beglückwünschen, wie sie für ein Lehrbuch der Logik zur Demonstration dieses Fehlers nicht besser ersonnen werden könne.

[1]) Lehre von der Stellvertretung, erster Teil, S. 235/6.
[2]) a. a. O. S. 239.

Raape erkennt den Begriff der Vertretungsmacht an, leugnet ihre Existenz aber im Falle der Genehmigung. Mich dünkt, zu Unrecht. Die Genehmigung macht die Handlung des Vertreters zur Voraussetzung der Rechtsfolge. Und nichts anderes bedeuten die Worte, sie erzeuge eine Rechtsmacht. Raape beruft sich auf „die Tatsache, daß jemand einerseits den Veräußerungsakt seines ungetreuen Dieners genehmigen kann, andererseits in der Lage bleibt, ihn anzuzeigen und seine Bestrafung wegen Unterschlagung herbeizuführen." Dies Argument ist unwirksam. Es mag fragwürdig sein, ob die Tat des Dieners strafwürdig ist. Für die Entscheidung der Frage verschlägt es jedoch nichts, ob wir die Genehmigung als Verleihung einer Rechtsmacht deuten. Der Zeitpunkt entscheidet. Die Tat des Dieners geschieht vor Begründung (freilich nach „Entstehung") der Rechtsmacht, und darum erscheint sie in einem anderen Lichte als die gleiche Tat eines „Bevollmächtigten".

Die Rechtsmacht des Vertreters ist Verfügungsmacht, wenn sie eine Verfügung betrifft. Dieser Satz bedarf keines Beweises. Es ist unwahrscheinlich, daß sich Raape gegen diese Konsequenz sträubt. Er sagt zwar, daß die Bevollmächtigung nicht Verleihung einer Verfügungsbefugnis sei (Seite 264). Aber wir glauben, ihn richtig zu verstehen, wenn wir unter Befugnis und Rechtsmacht etwas Verschiedenes begreifen. Die Beziehung zwischen ihnen enthüllt unsere Vollmachtskonstruktion. Wer jemanden zu einer Verfügung bevollmächtigt (ermächtigt), konstituiert die typische „Bedingung" und damit eine Rechtsmacht. Die Bedingung wirkt, wenn der Vollmachtgeber zur Verfügung befugt ist. Die Verfügungsmacht ist also ein Derivat der Verfügungsbefugnis. Diese wird durch die Bevollmächtigung indessen nicht geschwächt. Rosenberg vergleicht die Bevollmächtigung in anschaulicher Weise mit der Entzündung einer Flamme an einem Feuer sowie mit dem Überströmen magnetischer Kraft von einem Magneten zum Eisen; weder die zündende Flamme noch der spendende Magnet verlieren an Intensität. Die Einsicht in die Integrität der Verfügungsbefugnis ist von hohem Wert. Sie feit gegen den Gedanken, daß die Bevollmächtigung zu einer Verfügung eine Verfügung im Verhältnis zum Vertreter sei. Auch Raape setzt sich gegen diesen Gedanken zur Wehr (Seite 261). Aber seine Beweisführung ist unzulänglich. Die Verleihung der Verfügungsmacht ist deshalb keine Verfügung, weil die Verfügungsbefugnis des Spenders weder aufgehoben, belastet, übertragen noch verändert wird[1]).

[1]) Siehe ferner die Ausführungen unten S. 45 f.

Diese Erkenntnis hebt die von Raape (Seite 271) zitierte Reichsgerichtsentscheidung vollends aus den Angeln. Das Reichsgericht verficht die Auffassung, daß § 892 BGB. auf die Verleihung der Verfügungsvollmacht anwendbar sei. Von Tuhr opponiert: Der gute Glaube des Vertreters sei machtlos, wenn der Dritte die Sachlage durchschaue. Raape legt den Finger auf eine wunde Stelle, wenn er die in der Reichsgerichtsentscheidung proklamierte Schädlichkeit einer mala fides superveniens des Vertreters als Widerspruch zu § 892 kennzeichnet. Er schießt aber übers Ziel hinaus, wenn er in seiner Polemik gegen das Reichsgericht den Verfügungscharakter der Verfügungsvollmacht uneingeschränkt leugnet. Durch die Ausführungen, die die Reichsgerichtsentscheidung vernichtend treffen, wird unsere Auffassung vom Wesen der Vollmacht nicht überwunden. Die Bevollmächtigung zur Verfügung ist Urverfügung. Sie ist freilich keine Verfügung im Verhältnis zum Vertreter, sondern zum Dritten. Dies und nichts anderes haben wir behauptet.

Bei der Frage, ob die Vollmacht ein selbständiges Rechtsgeschäft sei, glauben wir mit Raape (vgl. Seite 267), nicht verweilen zu müssen. Unsere Theorie drängt gleichfalls zu ihrer Bejahung. Auch bei dem Anfechtungsproblem brauchen wir nicht lange zu säumen. Nach Rosenberg erstreckt sich die Anfechtung des Vollmachtgebers auf das Rechtsgeschäft des Vertreters[1]), nach Raape auf die Vollmacht. Wir schlagen uns unbedenklich auf Raapes Seite. Die Anfechtung vernichtet die Urverfügung, und mit dieser bricht die Verfügung des Vertreters zusammen. Raape verschweigt uns, an wen die Anfechtung zu adressieren sei. Wir sind der Ansicht von Tuhr[2]), daß die Anfechtung einer externen Vollmacht dem Dritten, einer internen Vollmacht grundsätzlich dem Vertreter erklärt werden müsse. Zwar kehrt die Vollmacht ihr Antlitz stets dem Dritten zu; aber nicht ihre Tendenz, sondern die faktische Adresse entscheidet. Dieses Prinzip, vom Gesetzgeber in § 113 III BGB. anerkannt, ist im großen und ganzen sinnvoll. Der Kontakt muß an der Stelle unterbrochen werden, an der er hergestellt worden ist. Die Starrheit des Prinzips hat von Tuhr in glücklicher Weise gemildert[2]).

An das Anfechtungsproblem reibt sich bei Raape der „Prüfstein des § 185". Er operiert wieder[3]) mit dem Falle: E. stimmt der Übertragung seines Eigentums zu, die V. im Namen des D. unter-

[1]) a. a. O. Seite 738.
[2]) Allgem. Teil II 2, Seite 390/91.
[3]) Siehe oben S. 40.

nimmt. Wir haben Raapes Lösung schon oben[1]) bekämpft. Wir wenden uns daher unverzüglich den anderen Fragen zu, die er aufwirft. Die Resultate akzeptieren wir. Die Konvaleszenzgründe des § 185 II knüpfen sich an die Person des D., nicht des V. Ferner: Die Zustimmung des E. muß nicht V., sondern K. (Dritterwerber) oder D. erklärt werden. Lauter Dinge, die zu unserer Vollmachtsanalyse ausgezeichnet passen, in Raapes Gedankengängen aber seltsam anmuten. Wenn sich D. mit der Rolle eines „dominus negotii" begnügt, wenn Faktoren wie die Zustimmung eines Dritten mit der Vollmacht nichts zu schaffen haben, dann schweben jene Wahrheiten in der Luft.

Gleiche Resultate bei ungleicher Begründung, so geht es fort. Auch Raape erklärt Einwilligung und Genehmigung des § 185 für Verfügungen. In der Einwilligung sieht er eine Verfügung, weil sie die Macht zu verfügen verleihe. Damit steht aber der Verfügungsbegriff nicht im Einklang. Eine Übertragung findet nicht statt. Der Einwilligende bezahlt die Verleihung der Verfügungsmacht nicht mit dem Verlust der eigenen Macht[2]). Liegt eine Belastung vor? In dieser Richtung sucht Raape durchzudringen. Was ist Belastung? Neuschöpfung eines Rechtes? Nein. Sie ist Absplitterung, Teilung. Also ist die Zustimmung mit ihr verwandt. Raape operiert mit zwei Ideen. Wir nehmen den Gedanken vorweg, den er zuletzt ausspricht. Die Eingriffserlaubnis des Zustimmenden bedeute einen Verzicht auf den Unterlassungsanspruch, der dem Eingriff entgegenstehe. Die Ausführungen Raapes gehen von dem Eigentumsbegriff aus. Er neigt zu der Auffassung, daß das Eigentum aus einer Summe von Unterlassungsansprüchen besteht. Wenn der Eigentümer jemandem die Verfügung über sein Eigentum gestattet, gibt er in der Tat einen Unterlassungsanspruch auf. Aber ist dieser Verzicht wirklich Verfügung? Aus einem Konglomerat von Unterlassungsansprüchen können Ansprüche gelöst werden, die zwangsläufig mit dem Wechsel des Rechtsinhabers zurückfallen, oder aber die Lücke überdauert die Sukzession, bis sie durch einen besonderen Rechtsakt ausgefüllt wird. Akte der ersten Art möchten wir nicht als Verfügungen bezeichnen. Denn die vorübergehende Änderung scheint nicht so sehr das Recht selbst als vielmehr die Lage des augenblicklichen Inhabers zu treffen. Wir werden dessen gewiß durch die Besinnung, daß die Unterlassungsansprüche, die in der Person des Nachfolgers wieder aufleben, Vorstufen persönlicher (nicht

[1]) Siehe oben S. 40.

[2]) Es darf nicht verwirren, daß wir Erwägungen Raapes wiedergeben, die nach richtiger Auffassung in das Kapitel über die Vollmacht gehören. Vgl. oben S. 43 zu Note 1.

dinglicher) Ansprüche sind. Wenn D. den Anspruch darauf preisgibt, daß V. die Verfügung über sein Eigentum unterläßt, so antizipiert er den Verzicht auf die Schadensersatzforderung, die ihm § 823 BGB. für den Fall seiner Verletzung verheißt. Die Schadensersatzforderung aber ist persönlich. Sie ist losgelöst von dem Recht, dessen Verletzung sie ihr Dasein verdankt. Also, die Einräumung des Verfügungsrechts tilgt einen Unterlassungsanspruch und damit ein Atom des Rechtes, aber diese Erscheinung ist nur das Reflexbild eines Vorganges, der sich in einer weiterliegenden, rein persönlichen Sphäre abspielt.

Der Beweis Raapes ist demnach als mißlungen anzusehen. Immerhin hat er etwas Bestechendes. Raape hat ihm selber den Vorzug gegeben. Eine andere Argumentation geht deshalb nicht über eine Andeutung hinaus. Es sei wahrscheinlich, heißt es da, daß die Zustimmung in ähnlicher Weise wie die Belastung eine Übertragung von Rechtsquantitäten darstelle. In einem Atem damit erklärt er das Verfügungsrecht, die Schöpfung des Zustimmenden, (richtigerweise) für ein persönliches Eingriffsrecht. Damit geht der Gedanke in die Brüche. Wie soll sich von absoluten Rechten durch Abspaltung ein persönliches Recht gewinnen lassen? Zudem verträgt sich dieser Gedanke nicht mit der soeben entwickelten Lieblingsidee Raapes. Der Zustimmende verzichtet auf einen „Teil" seines Rechtes, nämlich einen Unterlassungsanspruch, aber er überträgt ihn nicht, denn der „Zustimmungsempfänger" kann von niemandem fordern, daß er sich der Verfügung über das Recht des Zustimmenden enthält[1]). Am Ende können wir beide Gedanken Raapes durch den Hinweis entkräften, daß die Übertragungsbefugnis des Eigentümers garnicht Bestandteil des Eigentums ist[2]), gleichgültig ob wir es als eine Sachbeziehung oder Relation von Person zu Person auffassen. Also können Verfügungsmacht oder -recht des „Zustimmungsempfängers" nicht durch Abzweigung von dem Recht des Zustimmenden entstehen.

Auch die Genehmigung des § 185 ist nach Raapes Überzeugung eine Verfügung. Die Begründung, die er hier gibt, weckt das höchste Interesse. „Was heißt genehmigen, zustimmen? Es heißt: sich den Willen des anderen zu eigen machen; wollen, was auch er wollen wird oder gewollt hat; wollen nach Maßgabe des Willens des anderen. Wer zustimmt, will also nichts Eigenes, sondern will das von dem anderen Gewollte noch einmal." Und dann: „Die Zustimmung ist

[1]) Wenn wir das Eigentum (im Gegensatz zu der soeben dargestellten Ansicht) als ein positives Recht an einer Sache ansehen, bedeutet die Zustimmung nicht einmal einen Verzicht.

[2]) Vgl. oben S. 22.

keine Willenserklärung schlechthin, sondern mit Vorbehalt, mit Einschränkung, gewissermaßen unter einer Bedingung. Der Zustimmende will, sofern auch der andere will“ [1]). Dieser Gedankengang berührt sich offensichtlich mit unserer Lösung des Stellvertretungsproblems. Aber hier, im Gedankenkreise des § 185, verlangt eine andere Situation nach einer anderen Lösung. Die Übertragung des von der Verfügung betroffenen Rechts macht einen Strich durch Raapes Rechnung. Wenn Raape im übrigen meint (Seite 278, Note 35), daß die Genehmigung nie und nimmer eine Macht oder ein Recht ex tunc verleihe, so müssen wir darauf das gleiche antworten wie auf die entsprechende Äußerung im vorausgehenden Kapitel [2]). In dem Augenblick, in dem diese Differenzierung von Einwilligung und Genehmigung hinfällig wird, sinkt eine andere Deduktion in sich zusammen. Einwilligung und gebilligte Verfügung äußern nach Raape je eine Verfügungswirkung, Genehmigung und Verfügung verbinden sich zu einheitlicher Wirkung. Im Kapitel über die Vollmacht hätten wir eine Lösung wie die letzte freudig begrüßt. Hier können wir ihm nicht zustimmen, insbesondere da wir in jeder Zustimmung des § 185 eine Transaktion noch größeren Umfangs als Raape in der Einwilligung („Verleihung von Verfügungsmacht“) erblicken.

Raape stellt die Frage, ob § 185 auf die Einwilligung und Genehmigung des § 185 anwendbar seien. Sie ist unbedenklich zu bejahen. Ebenso rasch geht es im nächsten Fall ab. Die Rollen sind in gewohnter Weise verteilt. E. stimmt der Zustimmung des D. zu einer Verfügung zu, die V. in eigenem Namen gegenüber K. über das Eigentum des E. trifft. Es steht zur Entscheidung, wem E. die Zustimmung erklären kann. Raape beschwört den Geist des Gesetzes (§ 182); uns scheint der Wortlaut zu genügen. Das Gesetz spricht von „dem einen und dem anderen Teil.“ Den „einen Teil“ repräsentiert in unserm Fall D. „Anderer Teil“ ist der Vertragskontrahent bzw. der Adressat des einseitigen Rechtsgeschäfts, dem die Zustimmung gilt. Da das betroffene Geschäft selbst unter § 182 fällt, stehen als „anderer Teil“ zwei Adressaten zur Auswahl, nämlich V. und K. Dem E. bietet sich danach die Trias D., V., K. zur Auslese dar.

Was Raape über die beiden letzten Konvaleszenzen des § 185 II äußert, entspricht unserer Auffassung vollauf. Wie aber geht es an, daß die Konvaleszenz aus Gründen eintritt, die in der Person des V. wurzeln, falls er in eigenem Namen, nicht aber, wenn er im Namen

[1]) a. a. O. S. 279.
[2]) Vgl. oben S. 43.

des D. verfügt hat? Offenbar deshalb, weil die Konvaleszenzgründe nur im ersten Fall den Zustand begründen, dessen Änderung V. sich angemaßt hat. V. wird Eigentümer[1]); und weil er sich (bewußt oder unbewußt) als Eigentümer geriert hat, heilt der Erwerb den Mangel seiner Verfügung. Beträfe die Verfügung des V. den Status, der im Moment ihrer Vornahme besteht, müßte sie im Augenblick seines Wechsels zusammenbrechen; denn er würde sie ihres Gegenstandes berauben. Verfügt V. indessen über ein eigenes Recht, so muß die Verfügung infolge jenes Wechsels florieren, da er den Zustand herauführt, den V. vor seinem Bestehen hat ändern wollen. Dieser Vorgang ist außerordentlich klar und durchsichtig. Von dieser Klarheit aber fällt ein Schimmer auf Einwilligung und Genehmigung, sie von einer neuen Seite her beleuchtend. Was dort so offen zu Tage liegt, hier geschieht es auf eine eigentümliche und geheime Art. Aber auch hier vollbringt ein Wechsel des Rechts das scheinbare Wunder daß, die Verfügung eines Nichtberechtigten d. h. die Verfügung über eine nicht existente Größe, zur Wirkung gelangt. In allen Fällen offenbart sich das gleiche Gesetz, dessen Pfeiler jene einfachen Sätze sind, daß die Verfügung in eigenem Namen ein Recht des Verfügenden betrifft und die Verfügung über etwas seine Existenz voraussetzt. Diese Gesetzmäßigkeit erzeugt zugleich eine Harmonie und weitgehende Übereinstimmung zwischen sämtlichen Faktoren, die gemäß § 185 die Verfügung eines Nichtberechtigten zur Wirkung bringen.

Die glatte Anwendbarkeit des § 185 veranlaßt Raape zu der Warnung, unbesehen jede Gesetzesnorm, die von Verfügungen handelt, auf die neu entdeckten Verfügungen des § 185 anzuwenden. Wir stimmen in seine Warnung ein. Raape bildet folgenden Fall: Der durch Erbschein ausgewiesene Erbschaftsbesitzer D. übergibt dem Kommissionär V. eine Erbschaftssache zum Verkauf. Wenn V. später erfahre, daß nicht D., sondern E. in Wahrheit der Erbe sei, müsse er den Verkauf unterlassen. Sonst werde er schadensersatzpflichtig. Er könne sich nicht auf die § 893 entsprechende Vorschrift des § 2367 BGB. berufen. § 2367 sei höchstens anwendbar, wenn die Zustimmung zugunsten ihres Empfängers unwiderruflich sei. Der letzte Satz führt uns auf die richtige Fährte. Wir wissen, die Zustimmung ist eine Verfügung eigener Art, die mit einer fremden Verfügung durch eine Bedingung verwoben ist. Bald wird sie von der fremden Verfügung in den Schatten gestellt; bald tritt sie selbst in den Vordergrund. Die Sätze des guten Glaubens sind nur anwendbar, wenn ihr Zu-

[1]) Den letzten Konvaleszenzfall lassen wir aus dem Spiel; er ist ähnlich gelagert.

wendungscharakter betont ist, sodaß ihre Bedeutung über die einer vorbereitenden Aktion hinausgeht.

Ein besonderes Kapitel widmet Raape der Betrachtung des § 184 II. Die Genehmigung des § 185 wird in diesem Kapitel nur flüchtig berührt. Sehr gründlich wird dagegen die Genehmigung der Vertreterhandlung behandelt. Eine Fülle von Problemen wird vor uns ausgeschüttet. Beispiel reiht sich an Beispiel.

Unter 3b bringt Raape den Fall, daß jemand die Zahlung einer Forderung an seinen Vertreter genehmigt, nachdem er sie ohne Kenntnis der Zahlung einem Vertreter seines Schuldners erlassen hat. Gleich Celsus, Zimmermann, Mitteis erklärt Raape die Genehmigung für wirksam. Das Resultat ist billig, wenn auch frappant. Der Erlaß ist entgegen dem Wortlaut des § 181 II unwirksam. Raape weist uns auf die richtige Spur, indem er sagt: „Das Eigentümliche des Falles liegt darin, daß das Genehmigungsrecht des Geschäftsherrn gegenüber derselben Person besteht, zu deren Gunsten die Zwischenverfügung (der Erlaß) erging." Durch die Zahlung an den Vertreter ist ein Schwebezustand zu des Gläubigers Gunsten begründet worden. Dieser Zustand sollte durch eine Verfügung des ahnungslosen Gläubigers zerstört werden? Das hieße einer Tücke des Schicksals freies Spiel lassen. Der Gläubiger muß sie hinnehmen, wenn die Zwischenverfügung andere begünstigt. Hier aber wäre des Gläubigers Unglück des Schuldners Glück, ein unverdientes Glück fürwahr! Denn durch die Annahme der Erlaßofferte setzt sich der Schuldner (hinter dem Vertreter steht er selbst) mit der Tilgungsaktion in Widerspruch: Contra se ipsum venit. Was soll also werden? Die Zwischenverfügung muß auffliegen. Außergewöhnliche Umstände kehren die Ordnung der Dinge um. Sonst behauptet sich die Zwischenverfügung, und die Genehmigung scheitert. Es ist dabei einerlei, ob die Zwischenverfügung Zuwendung oder Dereliktion ist[1]). Raape argumentiert mit Treu und Glauben. Wer im Widerspruch mit einer vorausgehenden Verfügung die Verfügung eines Vertreters genehmige, versündige sich an der bona fides: Contra se ipsum venit. Wir müssen tiefer schürfen; dann erkennen wir, daß widerstreitende Interessen um die Herrschaft ringen. Da harrt eine Verfügung der Genehmigung, die dem Genehmigenden oder Dritten Vorteil verheißt. Mit ihr konkurriert eine Verfügung, die andere begünstigt. Die eine Verfügung ist vollendet,

[1]) Wir dürfen daraus freilich nicht (mit Raape) den Schluß ziehen, daß die Norm des § 184 II nicht der Rücksicht auf Dritte entspringe. Denn die Preisgabe eines Rechtes gewährt die Möglichkeit der Aneignung; unter der Ungultigkeit der Preisgabe würden also Dritte leiden.

die andere in der Schwebe. Dies Moment gibt den Ausschlag. Die vollendete Verfügung senkt die Wagschale, die schwebende schnellt empor.

Die leitende Idee des § 184 II ragt über seinen Wortlaut hinaus. Der Fall der Doppelzession — jemand zediert seine Forderung dem vollmachtlosen Vertreter des A., dann dem B. (persönlich); A. genehmigt die erste Zession nach Vornahme der zweiten — muß nach seinem Vorbild entschieden werden. Die Genehmigung des A. wird durch die Zession an B. geschlagen. Da sich Raape, der unserem Gedanken abhold ist, diesmal am Leitstern der bona fides nicht zu orientieren vermag, stößt er auf ein Problem, das er schon früher einmal entrollt hat. Wir formulieren es folgendermaßen: Muß derjenige, der die Verfügung seines Vertreters genehmigt, das von der Verfügung betroffene Recht zur Zeit der Genehmigung innehaben, oder ist die Sanktion wirksam, auch wenn das Recht in dem Zeitraum zwischen Verfügung und Genehmigung verloren ging? Wir greifen die Rechtsübertragung heraus. Wir haben früher festgestellt, daß die Innehabung des Rechts eine zwiefache Bedeutung hat. Einmal ist sie primäre Voraussetzung der Rechtsübertragung; denn das Recht ist Materie der Verfügung. Sodann ist sie Lebenselement der Verfügungsbefugnis[1]). Das Recht als Gegenstand der Verfügung muß dem Genehmigenden in dem Augenblick zustehen, in dem es ihm durch die rückwirkende Kraft der Genehmigung entzogen wird. Das ist sonnenklar. Aber auch Sein oder Nichtsein der Verfügungsbefugnis hängt an diesem Zeitpunkt. Mag der Genehmigende seine Aktion ad libitum hinausschieben, sie ist ein Eingriff in die eigene Rechtssphäre, wenn ihm das Objekt der Verfügung in dem Zeitpunkt zusteht, in dem sich die Handlung des Vertreters vollendet; denn auf diesen Zeitpunkt wirkt die Genehmigung zurück. Raapes Frage (S. 293), ob die Verfügungsbefugnis im Moment der Genehmigung vorhanden sein müsse, verschleiert das Problem. Diese Frage ist gar nicht problematisch. Selbstverständlich muß der Genehmigende zu einer Verfügung im Augenblick ihrer Vornahme befugt sein. Die Wendung, der Genehmigende sei zur Genehmigung befugt, besagt ja nichts anderes, als daß er eine wirksame Voraussetzung realisiert. Der Streit dreht sich in Wahrheit um die sekundäre Voraussetzung der Rechtsfolge, um das Moment, auf das sich die Verfügungsbefugnis gründet, und das ist die Innehabung des von der Verfügung betroffenen Rechts[2]).

[1]) Nur das zweite Prädikat, nicht auch das erste gilt von jeder Verfügung.

[2]) So die Regel; Komplikationen vermeiden wir.

Die Entscheidung dieser Streitfrage bestimmt das Urteil in dem Fall, den Raape unter 3 a behandelt. Wird die nachträgliche Zustimmung eines Nichtberechtigten zu einer Verfügung in seinem Namen durch Gutgläubigkeit im Zeitpunkt der Verfügung oder der Zustimmung salviert? Raape verficht die zweite Ansicht, Reichsgericht und von Tuhr vertreten die erste. Als Gegner Raapes in jener grundlegenden Frage, optieren wir für von Tuhr und das Reichsgericht.

Unsere Auffassung bildete sich, weil wir mit der „Rück"wirkung der Genehmigung ernst machten. Wenn wir die „Rück"wirkung konsequent durchdenken, stellen sich die Dinge folgendermaßen dar: Die genehmigungsbedürftige Verfügung[1]) ist in der Schwebe. Im Zustand der Pendenz verharrt aber auch alles, was in der Folgezeit bis zur Genehmigung an Verfügungen des Vertretenen ergehen mag. Die positive oder negative Entscheidung des Genehmigenden beendet den Zustand der Ungewißheit. Mit einem Schlage überflutet sie die Vergangenheit bis zur Handlung des Vertretres mit hellem Licht. Wir sehen den Willen des Vertreters sich erfüllen oder nicht erfüllen; wir sehen die Verfügungen der Zwischenzeit wirksam aus dem Zwielicht hervortauchen oder in ein Nichts zusammensinken. Dieses Schauspiel wird bis zu einem gewissen Grade durch § 181 II zerstört. Zwischenverfügungen des Genehmigenden und gewisser gleichgestellter Personen werden nicht erst durch die Genehmigung der Pendenz entrissen, sondern sind ohne weiteres wirksam. Gleichwohl wird die „Rück"wirkung der Genehmigung nicht beeinträchtigt. Die genehmigte Verfügung äußert ihre Wirkung. Der Zustand, den sie bewirkt, überdauert freilich die Zwischenverfügung nur insoweit, als von ihr keine konträre Wirkung ausgeht. Wir müssen den Wahn ausrotten, daß die Genehmigung den ganzen Zeitraum von der Handlung des Vertreters bis zu ihrer Erteilung umspannt. Der Wille des Genehmigenden heftet sich nur an den Zeitpunkt, den die Handlung des Vertreters bestimmt. Die Rechtslage, die in diesem Augenblick besteht, erleidet eine Änderung. Die Kontinuität des neuen Rechtszustandes ist nicht das Resultat eines darauf zielenden Willens, sondern die automatische Folge eines allgemeinen Rechtsprinzips. Daß die Zwischenverfügung des Vertretenen der Kontinuität eine Grenze setzt, ist eine auffällige und ungewöhnliche Tatsache, da der Vertretene ja in eine fremde Rechtssphäre eingreift. Ihre Erklärung haben wir früher versucht. Da die Rechtskontinuität Existenz und also Begründung eines Rechtes voraussetzt, wird zwar eine entfernte Ausstrahlung der Genehmigung,

[1]) Wir greifen wieder den Fall der Rechtsübertragung heraus.

nicht aber ihre eigentliche und direkte Wirkung („Rück"wirkung) von dieser Tatsache betroffen. Der Satz, den Raape der herrschenden Meinung in den Mund legt (Seite 284), daß § 184, Absatz 2 eine Ausnahme von Absatz 1 sei, ist deshalb mit Vorsicht aufzunehmen. Er ist dahin umzubiegen, daß er eine Ausnahme von den Prinzipien der Rechtskontinuität und Verfügungskompetenz ist, die sich mit der Norm des Absatzes 1 verbinden. Raape ist skeptisch gegenüber der herrschenden Meinung. Eins aber scheint ihm gewiß: Die beiden Genehmigungstypen, die den Gegenstand seiner Abhandlung bilden, lassen sich bei der Anwendung des § 184 nicht auf den gleichen Nenner bringen. Wir sind anderer Meinung. Was wir auch immer über den § 184 gesagt haben, es läßt sich Wort für Wort in eine analoge Form gießen, die für die Genehmigung des § 185 vollkommen paßt. Die Betrachtung des § 184 läßt das Wesen der Genehmigung noch klarer als bislang hervortreten. Die innige Verwandtschaft der Genehmigungstypen bewahrheitet sich auch in diesem Fall.

Zum Schluß möchten wir auf zwei Fälle hinweisen, die Isay gegen Raape ins Feld führt. Der Bankier D., der Aktien des A. in Verwahrung hat, bevollmächtigt den V., sie in seinem (des D.) Namen zu veräußern. Begeht er eine Unterschlagung? Oder: D. hat sich verpflichtet, über die Aktien nicht zu verfügen. Er bevollmächtigt den V. zur Veräußerung in seinem (des D.) Namen. Verletzt er seine Verpflichtung? Raape bejaht die Fragen in seiner Replik[1]). „Strafrechtlich müsse der persönlich vorgenommenen Verfügung die durch Vermittlung eines anderen getätigte gleichgestellt werden, und Entsprechendes sei zu dem zweiten Fall zu bemerken." Dieser Gedankengang befremdet. Die Bevollmächtigung zu einer Verfügung soll keine persönliche Verfügung sein; aber trotzdem soll sie eine Verfügung sein. Überhaupt: Wenn jemand die zweite Frage bejaht, vermögen die feinsten Sophismen nicht darüber zu täuschen, daß er uno actu die Verfügungsnatur der Verfügungsvollmacht bejaht.

Raape[2]) hält Isay folgendes entgegen. „Ein durch einen Testamentsvollstrecker in der Verfügung beschränkter Erbe erteilt einem anderen Vollmacht zur Veräußerung einer der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Sache. Ist die Verfügungsvollmacht des Erben gültig?" Uns hindert nichts, diese Frage mit Raape zu bejahen. Raape sagt: „Es ist so, wie wenn der Erbe selber veräußert hätte, sodaß die Ver-

[1]) Archiv für die zivilistische Praxis, neue Folge, 3. Bd., S. 191 ff.
[2]) a. a. O. S. 198.

fügung durch Wegfall des Testamentsvollstreckers und damit der Verfügungsbeschränkung konvaleszieren kann." Wir sagen, ohne das Zaubermittel der Fiktion zu gebrauchen: Der Erbe verfügt selbst. Aber seine Verfügung ist Verfügung sui generis, Urverfügung, Fragment. Und dieser Umstand rechtfertigt es, die Anwendung des § 2211 BGB. zu unterlassen.

Lebenslauf.

Ich, Erich Wilhelm Walter Schröder, bin am 7. Oktober 1903 in Rostock als Sohn des Lehrers Wilhelm Schröder und seiner Ehefrau Martha, geb. Schulz, geboren. Ich habe die Große Stadtschule (Gymnasium) in Rostock besucht und im Herbst 1921 mit dem Zeugnis der Reife verlassen. Ich habe dann in Rostock und München die Rechts- und Wirtschaftswissenschaften studiert. Im April 1925 habe ich in Rostock die erste juristische Prüfung bestanden. Ich bin kurz danach zum Gerichtsreferendar ernannt worden und stehe seitdem im praktischen juristischen Ausbildungsdienst.

Allen meinen Lehrern, insbesondere Herrn Professor Dr. Henle, der das Referat über meine Doktordissertation übernommen hat, spreche ich für Belehrung und Förderung meinen herzlichsten Dank aus.